



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

DEPARTAMENTO DE DERECHO FINANCIERO,

ADMINISTRATIVO Y PROCESAL

PROGRAMA DE DOCTORADO

DERECHO FISCAL

TEMA:

“EL DERECHO DEL GASTO PÚBLICO

CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS DERECHOS ECONOMICOS,

SOCIALES Y POLÍTICOS EN EL ECUADOR”

AUTOR:

JOSÉ VICENTE TROYA JARAMILLO

QUITO, junio de 2012

Nos iremos a establecer a radicar y conquistaremos a los naturales del universo; y por tanto os digo en toda verdad que os haré señores.

Reyes de cuanto hay por doquiera en el mundo; y cuando seáis Reyes tendréis allá innumerables, interminables, infinitos vasallos que os pagarán tributos.....

Crónica Mexicagotl

(Mármol del Museo Antropológico de México D.F.)

No taxation without representation vs. The power of spending

TABLA DE CONTENIDOS

EL DERECHO DEL GASTO PÚBLICO EN EL ECUADOR

1. Enunciación del tema	7
2. Marco conceptual	8
3. Estado de la cuestión y aporte de la investigación	11
4. Estructuración de la Hipótesis	15
5. Metodología y técnicas	15

Capítulo I

Principales cuestiones que sobre el gasto público ha definido la doctrina:

1. Su naturaleza	18
2. Clasificación	30
3. Proyección fiscal y extrafiscal	38

Capítulo II

1. El derecho constitucional del gasto público	47
2. El gasto público dentro de la constitución económica: los derechos económicos y sociales	60
3. El gasto público dentro del estado social de derecho y de la economía social de mercado	69
4. El gasto público dentro del estado constitucional de derechos y justicia	81

Capítulo III

1. La relación jurídica del gasto público	96
2. Recursos y acciones	120
2.1 Beneficiarios del gasto público	120
2.2. Sistemas administrativos y jurisdiccionales de solución de conflictos sobre el gasto público	128
2.3. Acciones y recursos en contra de actos administrativos	139
2.3.1. La vía administrativa	140
2.3.2. Justicia especializada	143
2.4. Derechos de los particulares frente al gasto público	152
2.4.1. Preasignaciones del gasto público previstas en el presupuesto	158
2.4.2. Naturaleza jurídica del presupuesto	159
2.4.3. Acciones constitucionales individuales o colectivas	166
2.4.3.1. Preasignaciones para los gobiernos autónomos descentralizados	181
2.4.3.2. Preasignaciones para la salud	184
2.4.3.3. Preasignaciones para la educación	197
2.4.3.4 Preasignaciones para la vivienda	203
2.4.3.5. Los derechos de la naturaleza en relación al gasto público	212
2.4.3.6. Jurisprudencia relevante	217
2.4.3.7 Reparaciones y costas por daños a cargo del Estado	251
2.4.3.8. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España.	285
2.5. La concepción de Estado ecuatoriano sobre la función del gasto público y la ejecución presupuestaria.	289

Capítulo IV

- | | |
|--|-----|
| 1. Contenidos mínimos del derecho del gasto público | 305 |
| 2. Derecho del gasto público y el derecho presupuestario | 322 |
| 3. Derecho constitucional del gasto público | 327 |

Capítulo V

Conclusiones

336

BIBLIOGRAFIA

346

ANEXOS

ANEXO I

368

DECLARACION DE QUITO

Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en América Latina y el Caribe. 24 de julio 1998

ANEXO II

397

CARTA SOCIAL DE LAS AMERICA

Por un nuevo orden social para América Latina y el Caribe. Asamblea General de la OEA. 4 de junio de 2012.

ANEXO III

Relación cronológica de la fuente de consulta jurisprudencial.

437

EL DERECHO DEL GASTO PÚBLICO EN EL ECUADOR

1. Enunciación del tema

El tema del gasto público desde la perspectiva jurídica forma parte de uno de mayor alcance, el concerniente a las finanzas públicas. Luego de discusiones iniciadas en el siglo XIX ha terminado por prevalecer la tesis que el capítulo sobre el gasto público es parte de la ciencia de las finanzas públicas y no atañe únicamente a procedimientos administrativos o prácticas presupuestarias. El mismo incumbe a los ámbitos de la equidad y de la eficiencia prospectados por el derecho y por la economía.

Objetivo de la investigación.- Con el presente pretendo coadyuvar a la consolidación del derecho del gasto público. Este tópico guarda relación cercana con el derecho presupuestario, mas, no se confunde con él ni menos con el derecho financiero. Discernir sobre la posibilidad de sustentar la existencia del derecho del gasto público es una de las cuestiones medulares del Proyecto.

La escasez de los ingresos públicos para la satisfacción de las necesidades públicas impele a centrar la atención en la bondad del gasto público. Importa la cantidad del gasto pero aún más su calidad. A los contribuyentes obligados a soportar las cargas tributarias les interesa esa calidad y la transparencia. Calidad comporta productividad y eficiencia sin desmedro de la equidad. El gasto público persigue propósitos fiscales o de satisfacción de las necesidades públicas y al

propio tiempo propósitos extrafiscales para actuar políticas públicas. ¿Es posible normativizar ambos entornos? Esta es otra de las cuestiones importantes que debe afrontarse en el Proyecto.

2. Marco conceptual

Se ha acentuado el proceso de constitucionalización del gasto público. Ello permite aseverar que en este campo no opera la absoluta discrecionalidad de la administración. Ella se encuentra sujeta a reglas referentes a su priorización a cuyo efecto el gasto público tiene íntima relación con el modelo económico que las constituciones políticas definen, modelo que inspira las políticas. Es propicio el análisis comparativo de las constituciones de diferentes países, singularmente de los andinos sobre este extremo. Ello facilitará arribar a conclusiones y proponer recomendaciones.

Al tratar del gasto público se entrecruzan el derecho y la economía. Igual acaece en otros campos. Sin pretender un tratamiento exhaustivo que desentrañe las relaciones entre ambos saberes, lo cual sería exorbitante al propósito que persigue el Proyecto, no cabe dejar de considerar que las normas sobre el gasto público tienen un fuerte acento económico que debe dilucidarse.

Sobre los ingresos públicos y particularmente sobre los tributos y, dentro de ellos, los impuestos se han trabajado profusamente. Existen numerosos estudios desde los más variados ángulos, principalmente desde el derecho, la

economía y la administración. Inclusive desde la sociología y la psicología. El instituto impuesto y el sistema impositivo han sido objeto de preferente atención que arranca desde los clásicos de la economía. No ha ocurrido lo propio con el gasto público, tópico que suscita actualmente atención preferente. Los recursos y entre ellos los impuestos y el gasto público deben ser analizados en solución de continuidad en sus aspectos fiscales y extrafiscales. El Proyecto a eso propende.

De acuerdo a posturas consolidadas en tiempos recientes, el gasto público tiene estrecha relación con el contenido mínimo del estado social de derecho modulado desde la perspectiva de la real vigencia de los derechos humanos particularmente aquellos que atañen a los ámbitos económicos y sociales. El ciudadano concreto tiene derecho al suministro de bienes y servicios públicos. Esta relación entre la exigente aplicación de los derechos económicos y sociales, el modelo que en esos órdenes adopte un país y el gasto público dan asidero a sostener que este instituto se ha ennoblecido y catapultado. Desentrañar las relaciones entre el gasto público y los derechos humanos es también propósito del Proyecto.

El tema se incardina en la Constitución. Al igual que ocurre con los tributos, ha menester descubrir las cuestiones atinentes al gasto público que han de obrar en ella y que servirán de guía para la expedición de las leyes y de otras normas menores. Entre el derecho constitucional, el derecho económico, el derecho financiero, el derecho presupuestario y el derecho del gasto público debe existir un hilo conductor que ha de desentrañar el Proyecto.

Aún más, el derecho del gasto público se plasma dentro del estado social de derecho y de la economía social de mercado, según la Constitución del Ecuador del 2008, un Estado constitucional de derechos y justicia social y por ello se integra con mayor especificidad a la denominada constitución económica. El estudio de los tributos en cuando exclusivamente se les considera los principales recursos públicos es ayuno de horizonte; tiende a convertirse en un análisis, a veces exquisito, desligado del fenómeno político, económico y financiero público. Igual puede acontecer con el estudio del gasto público. El Proyecto coloca al gasto público fuera de esas limitaciones y dentro del fenómeno mencionado.

El procedimiento administrativo del gasto público puede concretarse en relaciones en que a la obligación pecuniaria del Estado se corresponde un derecho de crédito. Ello es así y mira a la diversidad de supuestos del gasto tales como la ley, el contrato, los actos administrativos y las acciones u omisiones ilícitas. Este aserto es más propio del derecho presupuestario. Es una de sus partes más indiscutidas. El nuevo planteamiento, propio del derecho del gasto público, procura conciliar las políticas de gasto con el derecho de los administrados a que se lo erogue en determinados propósitos y finalidades, el estudio de cuál sería en el caso la naturaleza de los actos de la administración y la posibilidad de impugnárselos en vías administrativa y contenciosa. Posiblemente este planteamiento no concierne a la totalidad del gasto. Dicho de otro modo, respecto de muchos rubros no procede el mismo. El derecho mencionado es un

correlato de la obligación que tienen los administrados de entregar parte de su riqueza para al sostenimiento de las carga públicas.

El principio de transparencia debería estar consagrado en el sistema jurídico. En lo concerniente al gasto público los administrados deberían, por medios expeditivos, tener acceso a la información de cuánto se gasta y cómo se gasta, no sólo en montantes globales sino de modo particularizado. ¿Podrían éstos enderezar para acceder a la información, caso que se le niegue, alguna acción o recurso? ¿Podrían acudir ante funcionarios públicos que representan los intereses generales como defensores del pueblo u obudsmans para que se haga el escrutinio de la legitimidad y de la calidad del gasto?

3. Estado de la cuestión y aporte de la investigación

Para lograr el objetivo del Proyecto es necesario establecer el estado de la cuestión. Ello supone relatar en forma selectiva cuánto han dicho sobre el gasto público los clásicos de diferentes lares y presentar los avances actuales. Entre los clásicos destaca con luz propia el paradigmático Profesor de la Universidad Complutense de Madrid don Fernando Sainz de Bujanda, quién de modo omnicomprendivo se refiere a las diferentes posiciones de la doctrina sobre el derecho presupuestario. Alude a la inicial posición italiana sobre el derecho tributario y el de la contabilidad del estado; a la corriente dominante en el pensamiento germánico que sitúa los temas de las finanzas públicas y entre ellos los atinentes al presupuesto en el derecho constitucional y en el derecho

administrativo; al tratamiento prolijo de la doctrina francesa sobre la cuestión presupuestaria; y, a la pluralidad de planteamientos de la doctrina española que se inclina por localizar al derecho presupuestario dentro del derecho financiero, posición que hace suya con gran firmeza. Define al derecho presupuestario como rama del Derecho financiero integrada por el conjunto de normas y principios que determinan el régimen jurídico temporal de gestión, empleo y contabilidad de los caudales que derivados de la aplicación de los recursos, alimentan el Tesoro Público. (p. 411). Ya se ha enunciado la existencia de un derecho del gasto público, e inclusive se ha mencionado las cuestiones que tienen carácter constitucional. Destaca en esta construcción las proposiciones de Juan José Bayona de Perogordo (Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos, en Presupuesto y Gasto Público N 2, 1979). El autor propicia la consagración constitucional de un principio específico de justicia en el gasto; la existencia de relaciones jurídicas de gasto público entre determinadas autoridades y los particulares dentro del procedimiento administrativo del gasto público; la concreción de la obligación pecuniaria del Estado a la que corresponde un derecho de crédito a favor del particular; los controles de legalidad y oportunidad del gasto público; la aplicación de los principios de orden público al gasto, particularmente el respeto a la propiedad privada y a la libertad económica; a más de la legalidad los principios de asignación equitativa de los recursos y su programación y ejecución de acuerdo a los principios de eficiencia y economía. En forma conclusiva Bayona de Perogordo sustenta que el derecho de los gastos públicos debe comenzar con el estudio de las fuentes normativas y los principios constitucionales; incluir la potestad del gasto público, los sujetos que intervienen,

la determinación de las necesidades públicas y la correspondiente consignación presupuestaria, así como la salida de los fondos públicos con sus fases de autorización y disposición del gasto. Esta última parte corresponde al derecho presupuestario. Gabriel Casado Ollero (Aspectos constitucionales del derecho financiero; elementos axiológicos y valorativos del derecho financiero actual, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública N° 203, 1989) alude a la concepción funcional y redistributiva del derecho financiero que abarca también al gasto público y afirma que al menos debería preverse la posibilidad de impugnar cuando la decisión legislativa sobre el gasto contraría los principios constitucionales entre los que destaca el de solidaridad. Asevera que para la realización de la justicia en el gasto se requiere un conjunto de normas reguladoras de la gestión pública, un sistema de control interno y externo que permita valorar los resultados de la acción estatal y un sistema legal de responsabilidades que determine la calificación de los actos legítimos. F. A. Priego Álvarez (Introducción al derecho presupuestario, naturaleza y efectos jurídicos, estudio en España y México, Porrúa, México 2004) sostiene que el derecho para exigir el gasto es la base del derecho del gasto público. A. Rodríguez Bereijo (El presupuesto del Estado, Editorial Tecnos, Madrid, 1970), tempranamente reconoce que por la importancia y coherencia que ha adquirido se ha llegado a enunciar la conveniencia de hablar del derecho de los gastos públicos y no de un derecho presupuestario frente al derecho tributario y a aquél que trata de los demás ingresos. Horacio Guillermo Corti (Derecho Financiero, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1997) subraya que la clave de la especificación jurídica del gasto público pasa por la inserción de la actividad financiera, que se

resume en ingresos y erogaciones, en el entramado conceptual constitucional. Cabe agregar que ese entramado atiende principalmente a dos aspectos: la existencia de un estado social de derecho y la implantación de la economía social de mercado. Corti reconoce paladinamente que la Constitución declara los derechos y la existencia de instituciones democráticas y a la par, en el caso de que los mismos no tengan realización, pone en manos de los sujetos sometidos al orden jurídico la posibilidad de exigir esa realización e instrumentación pero lo más importante radica en que todo ello implica que se realice algún tipo de actividad financiera para efectivizar aquellos derechos que se constatan no tienen cabal realización. José Pascual García (Régimen Jurídico del Gasto Público, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado 3ª. Edición, Madrid, 2003) hace referencia a dos corrientes que explican la naturaleza del gasto público como institución jurídica. La primera lo considera como obligaciones del Estado en relación con las cuales se estudia su fuente, condiciones de validez y exigibilidad, competencias para obligar al Estado, sujetos activos y pasivos y su cumplimiento o incumplimiento. La segunda estudia el gasto público como ejercicio o desarrollo de una específica función pública, vale decir como un conjunto de potestades atribuidas al ente público en materia de gasto a cuyo ejercicio está obligado por mandato de la ley. Según el autor, ambas corrientes pueden complementarse. Todo ello es una masa crítica que sirve y mucho para cualquier aporte que se pretenda con este trabajo.

4. Estructuración de la Hipótesis

La pregunta o cuestión central concierne a inquirir si es posible sustentar la existencia autónoma del derecho del gasto público y al propósito descubrir los postulados que vertebran tal aserto. Bien podría ocurrir que se llegue a la conclusión de que el derecho del gasto público goza únicamente de autonomía didáctica. Son cuestiones conexas que explican el alcance del Proyecto el señalamiento de los aspectos fundamentales que respecto del gasto público han de obrar en la Constitución; y la posible diferenciación entre derecho del gasto público o de los gastos públicos y el derecho presupuestario.

Adicionalmente, con el Proyecto se pretende, a partir de las propuestas mencionadas, particularmente de Bayona Perogordo y Pascual García, proyectar el derecho del gasto público dentro del estado social de derecho y de la economía social de mercado, así como también del Estado constitucional de derechos y justicia social previsto en Ecuador.

5. Metodología y técnicas

Para el desarrollo del Proyecto que tiene un carácter teórico propositivo se emplearán el método deductivo y analítico. Tendrá mucha importancia el factor histórico o de antecedentes; la consulta con expertos del sector público que tienen a su cargo el prediseño de políticas de gasto y su ejecución; la consulta de bibliografía integrada por textos que atañen directamente al gasto con énfasis en

la visión jurídica, así como a aquéllos que estudian la denominada constitución económica; de revistas especializadas; y, de bases informáticas de datos.

6. Tabla provisional

La tabla provisional de contenidos se integra de los siguientes capítulos:

Capítulo I

Principales cuestiones que sobre el gasto público ha definido la doctrina: su naturaleza; clasificación; proyección fiscal y extrafiscal.

Capítulo II

El derecho constitucional del gasto público; el gasto público dentro de la constitución económica: los derechos económicos y sociales; el estado social de derecho y la economía social de mercado; el estado constitucional de derechos y justicia social.

Capítulo III

La relación jurídica del gasto público. Recursos y acciones. Beneficiarios del gasto público. Sistemas administrativos y jurisdiccionales de solución de conflictos sobre el gasto público. Acciones y recursos en contra de actos

administrativos. La vía administrativa. Justicia especializada. Derechos de los particulares frente al gasto público. Preasignaciones del gasto público previstas en el presupuesto. Naturaleza jurídica del presupuesto. Acciones constitucionales individuales o colectivas. Preasignaciones para los gobiernos autónomos descentralizados. Preasignaciones para la salud. Preasignaciones para la educación. Los derechos de la naturaleza en relación al gasto público.

Capítulo IV Contenidos mínimos del derecho del gasto público.

Capítulo V Conclusiones.

Capítulo I

Principales cuestiones que sobre el gasto público ha definido la doctrina: 1. Su naturaleza. 2. Clasificación. 3. Proyección fiscal y extrafiscal.

1. Su naturaleza.

Los gastos públicos son de índole varia. Posiblemente ello constituye un obstáculo que hay que vencer para sustentar la existencia del derecho del gasto público. Coadyuva a la complejidad del tema la discrepancia, o al menos la falta de concierto, particularmente entre los economistas, al discernir sobre sus efectos económicos. Hace falta referirse a estos extremos, inclusive comenzando por definir lo que se ha de entender por gasto público.

Guillermo Ahumada prospecta una posición clásica y con énfasis en lo jurídico, dice: *El gasto público consiste en una erogación monetaria realizada por autoridad competente, en virtud de una autorización legal y destinada a fines de desarrollo nacional que se estima como interés colectivo*¹. Para Banacloche Pérez son los que erogan las comunidades públicas, sin embargo de lo cual, advierte que el hecho de que las mismas puedan ocuparse de actividades privadas, así como de que existen organismos mixtos que impiden la clara distinción. El autor se refiere a los cambios significativos en la forma de

¹ Guillermo Ahumada, *Tratado de Finanzas Públicas*, 4ª. Edición, Editorial PLUS ULTRA, Buenos Aires, p. 69.

concebir el gasto público. Señala que la hacienda clásica condena el déficit en cuanto los gastos superan a los ingresos. Sostiene que en la hacienda moderna los gastos públicos adquieren relevancia; que los gastos no son simples actos de consumo, sino transferencias de riqueza; que no siempre es verdad que el sector privado gasta con más utilidad como afirmaban los clásicos; que hay gastos públicos más útiles que los privados; que la neutralidad del gasto es un sueño irrealizable². La expresión comunidades públicas ha de referirse al Estado en el sentido más lato que incluye no solo al Estado central sino también a todos los entes que integran el sector público. Desde una perspectiva económica que contrasta con las concepciones jurídicas precedentes, debe entenderse como comunidades públicas aquellas que tienen competencia político territorial como el Estado, las provincias, los departamentos, las municipalidades y otras que gozan de esa competencia. Podían existir comunidades públicas nacionales e internacionales. Al contrario las comunidades privadas no gozan de competencia político territorial y sus fines no son el bien común. Las mismas suelen adoptar el ropaje de organizaciones no gubernamentales, que no persiguen fines de lucro cual ocurre con las sociedades, asociaciones de orden económico, fideicomisos, multinacionales y otras. De la Garza excluye del concepto de gasto público a aquéllos que se destinan a satisfacer necesidades individuales. Define y dice *que por gastos públicos deben entenderse los que se destinan a la satisfacción atribuida al Estado de una necesidad colectiva, quedando por tanto excluidos los*

² Julio Banacloche Pérez, *Manual de Economía Financiera*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1971, p, 61-62.

*que se destinan a una necesidad individual.*³ Corti subraya la diferencia entre simplemente erogar y gastar. De este modo apunta a los ámbitos del derecho presupuestario y del derecho del gasto público. Dice, erogar es una simple actividad registrable. Gastar en cambio, es erogar para algo, erogar con algún sentido⁴. Esta última expresión con algún sentido, sugiere que con el gasto se satisfacen necesidades públicas y al propio tiempo se imprimen políticas que comporta observar prioridades.

Hugh Dalton asevera que sólo los individuos tienen necesidades, pero que algunas de esas necesidades pueden ser satisfechas más eficazmente por medio de los gastos públicos, a través de la gestión del Estado⁵. Se infiere que el gasto público es aquel que se eroga para satisfacer las necesidades de los individuos. Se infiere, igualmente, la función subsidiaria del Estado. ¿Cuáles son esas necesidades? Existen algunas que no se cuestionan, seguridad interna y externa, educación, salud, justicia, seguridad social y modernamente preservación del medio ambiente. Inciden en el concepto de gasto público el develar a quién beneficia. A la presente, no únicamente a los individuos, sino también a las comunidades, pueblos y nacionalidades (Arts. 56 a 60 de la Constitución) y a la naturaleza cuyos derechos se reconocen. (Arts. 71 a 74 de la Constitución). En general, se ha ampliado notoriamente la órbita estatal y se ha percibido como necesidades públicas ámbitos que otrora se consideraban como privados. Sin

³ Sergio Francisco de la Garza, *Derecho Financiero Mexicano*, Decimotercera Edición, Editorial Porrúa S. A. México D.F. p. 133.

⁴ Horacio Guillermo Corti, *Derecho Financiero*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 221.

⁵ Hugh Dalton, *Principios de Finanzas Públicas*, 2ª. edición castellana, 1953, Ediciones Arayú, Buenos Aires, p. 219.

embargo, aún actualmente, se trata de campos sujetos a la relatividad de las proposiciones ideológicas las que estiman con una mayor o menos amplitud lo que debe entenderse por necesidades públicas y de suyo lo que se ha de tener por gasto público.

Dentro de la perspectiva económica Griziotti señala que los gastos públicos son erogaciones y empleos destinados a la prestación de los servicios públicos que son requeridos por el interés público que comprende a la colectividad y a los individuos particulares. Añade que el gasto público complementa al gasto privado en lo tocante a la producción, distribución y consumo de la riqueza. Sobre los efectos en la economía manifiesta que los autores adoptan posturas varias, que unos creen que es un fenómeno de producción, otros de consumo y otros de intercambio. Prosigue el estudioso y, siempre bajo la perspectiva económica, sustenta que los gastos públicos tienen un margen de expansión que está dada por la capacidad contributiva de los ciudadanos que aún no ha sido gravada con los tributos o sea sobre su riqueza siempre que no se sacrifique las necesidades fundamentales para su existencia y no se reduzcan los ahorros necesarios para la producción nacional⁶. Otro enfoque económico corresponde a Ingrosso quién asevera que el gasto público además de satisfacer las necesidades públicas, a través de la transformación de los recursos privados en recursos públicos, procura la redistribución de las rentas, la estabilización de la economía y el desarrollo de la renta nacional⁷. Tal

⁶ Benvenuto Griziotti, *Principios de Ciencias de las Finanzas*, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 57-59; *Primi Elementi di Scienza delle Finanze*, Giuffrè, Milano, p. 35.

⁷ Giovanni Ingrosso, *Corso di Finanza Pubblica*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1969, p.89.

transformación se finca en el cobro de tributos y de precios que al ingresar en las arcas estatales adquieren carácter público y sirven para la satisfacción de las necesidades públicas, e inclusive para la de las privadas. Faya Viesca atinadamente señala que la hacienda clásica ponía énfasis en el monto de los gastos en tanto que la hacienda moderna da mayor importancia a la composición de los mismos⁸. En el mismo sentido Damarco arguye que es importante saber cuánto se gasta, mas, lo es también saber cómo se gasta⁹.

El concepto mismo de gasto público ha variado cuando se considera que de instrumento administrativo ha pasado a constituirse en instrumento de gobierno de importancia por su efecto en la actividad socio económica. Ello porque el Estado se ha tornado en agente sobresaliente de la economía, lo que se ha traducido en que, su actividad en ese orden, es componente importante del producto interno bruto. Giuliani Fonrouge, dejando de lado conceptos propios de la finanza clásica sostiene que es de la naturaleza del gasto ser instrumento de política fiscal. Señala que el Estado no es un mero consumidor de bienes y servicios sino un distribuidor. Para mejor entender esta afirmación se ha de tener en cuenta que cuando el Estado percibe ingresos se produce un flujo económico desde el sector privado al sector público, cuando gasta el flujo de riqueza es el contrario; Giuliani Fonrouge llega a enunciar un nuevo concepto de gasto que lo cualifica de económico social. Dice: *Gasto público es toda erogación generalmente en dinero que incide sobre las finanzas del Estado y se destina al*

⁸ Jacinto Faya Viesca, Finanzas Públicas, Editorial Porrúa, México D.F. Séptima edición, 2008, p. 37-38.

⁹ Jorge Héctor Damarco y otros, *Manual de Finanzas Públicas*, AZ Editora, Buenos Aires, 1977. p. 70.

*cumplimiento de fines administrativos o económico sociales*¹⁰. Los tributos y el gasto son daciones generalmente en dinero, mas, no exclusivamente en dinero. Las prestaciones de servicios como el militar, en casos, oficiar de jurado, efectuar conscripciones cívicas, para alfabetizar, para ayudar las labores del campo, para elecciones, otrora gratuitas, no comportan el pago de tributos, ni de otro lado, tales servicios brindados a la colectividad pueden tenerse como gasto público. A este último extremo se refiere José María Martín¹¹.

Héctor B. Villegas con gran perspicacia encuentra una relación dinámica entre los ingresos y el gasto público. Afirma que *Los gastos públicos consisten en la transformación de los ingresos del Estado en rentas y patrimonios de quienes producen los bienes materiales y prestan los servicios personales requeridos por el Estado u obtienen subvenciones de éste*¹². El autor a propósito de dar las características del gasto público lo define y subraya que sirve a la satisfacción de las necesidades públicas. Manifiesta que *son gastos públicos las erogaciones dinerarias que realiza el Estado en virtud de ley para cumplir sus fines consistentes en la satisfacción de las necesidades públicas*¹³. El gasto público no puede consistir en servicios. Llega a afirmar Villegas que el gasto que no tenga destino la satisfacción de dichas necesidades sería ilegítimo. Habría entonces que tener por necesidades públicas un amplio espectro en el que se incluirían los subsidios e inclusive las gratuidades que concede el Estado. Este

¹⁰ Carlos M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, TOMO I, La Ley, 9ª. Edición, Buenos Aires, 2003, p. 185 y siguientes.

¹¹ José María Martín, *Ciencia de las finanzas públicas*, Ediciones de Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1976, p. 76.

¹² Héctor B. Villegas, *Manual de finanzas públicas*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 125.

¹³ Héctor B. Villegas, *Ibidem*, p. 128.

concepto es esencialmente variable en el tiempo y se encuentra sujeto a criterios políticos sustentados por el gobierno de turno. Posteriormente se hará referencia a tema tan gravitante. Cabe afirmar que ha evolucionado grandemente el concepto funcional de gasto público. Para la escuela liberal su contenido era limitado y su alcance neutro. A partir de la segunda mitad del siglo veinte se produjo una franca intervención del Estado en la vida social y económica, el gasto dejó de ser neutral y su *quantum* creció en forma importante. A la fecha, con significativos matices, aparecen tendencias persistentes que procuran la limitación del gasto público.

A menester diferenciar entre gasto público y gasto privado. A este propósito, ha de considerarse el sujeto que gasta y el objeto de la erogación. Existe coincidencia en pensar que es gasto público el que efectúan el Estado y en general los entes públicos, cuyo conjunto se suele denominar sector público. La dificultad suele presentarse respecto del objeto. Casos hay y frecuentes en los que el gasto beneficia a individuos o entidades que integran el sector privado. Así subvenciones en su favor e inclusive exoneraciones, deducciones, tarifas reducidas u otras medidas tributarias previstas a favor de los contribuyentes que tienen una significación equivalente. Este amplio instrumental forma parte de la política económica influenciada por la ideología de los gobiernos de turno. Es pertinente, sin embargo, sustentar la existencia del interés público y del interés privado. Entonces cabría aseverar que es gasto público el que tiene por objeto cumplir con el interés público aunque los caudales se entreguen a individuos o colectivos privados. Queda siempre duda sobre lo que ha de entenderse como

interés público. La respuesta se ha de descifrar en otros ramos el derecho político y constitucional e inclusive en el derecho público administrativo. Las caracterizaciones que sobre el punto propone Damarco son pertinentes. Este estudioso consigna que se han acudido a varios criterios para diferenciar el gasto público del gasto privado. Estos son: los gastos públicos son inmateriales que no tienen compensaciones rentables y cuyo objeto es el interés general; en los privados, se persigue la satisfacción del propio interés. De otro lado, el particular regula su gasto en función de su ingreso; el Estado, regula sus ingresos en relación a las funciones que tiene a su cargo. Finalmente, el gasto privado lo realiza una persona física o jurídica, el público una persona del sector público¹⁴. Villegas complementa la diferenciación y señala que los gastos públicos deben erogarse obligatoriamente, particular que no ocurre en los gastos privados¹⁵ Faya Viesca respecto sobre estos extremos, refiriéndose a México expresa criterios que dan mucha luz. Dice: En México, *son gastos públicos todas las erogaciones que efectúe el Estado a través de cualquiera de sus órganos sin importar la índole del poder o la naturaleza orgánica de dichos entes públicos*. Hay una identidad entre gasto público y gastos del sector público. En cualquier forma es evidente que el gasto privado responde a un interés particular, mientras que las erogaciones estatales e guían por el interés público¹⁶. El gasto público se diferencia del gasto de los particulares en que tiene por objeto el interés de la generalidad comprendiéndose en ella el de las futuras generaciones¹⁷. Estos

¹⁴ Héctor Jorge Damarco, *Manual de Finanzas Públicas*, Ibídem, p. 76-77

¹⁵ Héctor B. Villegas, *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 3aq. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 43-44.

¹⁶ Jacinto Faya Viesca, *Finanzas Públicas*, Ibídem, p. 41-42

¹⁷ Guillermo Ahumada, Ibídem, p. 78-80.

extremos son actualmente de extraordinaria importancia, singularmente en lo que atañe a temas como la seguridad social, el medio ambiente, el clima, las fuentes de energía. En general el hábitat.

De Juano estima que el gasto público debe estudiarse desde diversos ángulos. Menciona el político, el económico, el que realiza lo financiero, el jurídico. No se trata en estricto sentido de una clasificación del gasto público sino de una visión desde diferentes ópticas lo cual coadyuva a penetrar en su naturaleza. En lo político se fijan las necesidades y luego los recursos; en lo económico la dinámica es la contraria, la erogación está en primer término; en lo financiero, los ingresos ordinarios y extraordinarios, en su orden, sirven a los gastos ordinarios y extraordinarios; en lo jurídico, los gastos satisfacen una exigencia normativa¹⁸.

Un tema recurrente en el gasto público es el de su constante incremento, el cual se produce normalmente por las nuevas atribuciones conferidas al Estado. Sin embargo, es necesario diferenciar entre el incremento real y el que es aparente. Ranelletti define el gasto público y precisa las causas de su aumento. En cuanto a lo primero dice: *Denominamos gasto público el uso que el Estado y otros entes públicos hacen de la riqueza obtenida de muy diversas fuentes de ingresos para cumplir con sus funciones, o sea la producción de los servicios públicos*. En cuanto a lo segundo, señala como causas del incremento el aumento

¹⁸ Manuel de Juano, Curso de Finanzas y Derecho Tributario, Ediciones Malachino, Rosario, Argentina, 1963, Tomo I p. 94-95.

de las atribuciones estatales y las erogaciones de carácter social; los gastos militares; el aumento de la deuda pública y principalmente de los intereses de su servicio; *la forma democrática del gobierno: el más costoso de los gobiernos es el gobierno democrático, pues asume responsabilidades colectivas y es menos cauteloso en el gasto que los otros regímenes políticos*; la desvalorización de la moneda, en cuyo caso el aumento es más aparente que real. Además, el estudioso señala que el gasto público debe responder efectivamente a una necesidad colectiva; que el gasto debe ser proporcionado a la potencialidad económica del país. Estos extremos son designios de buena política económica¹⁹.

Pascual García presenta una visión omnicomprendiva del gasto público y dice que puede ser definido como conjunto de necesidades públicas cuya satisfacción exige el empleo de fondos públicos; que puede considerarse en función financiera como el procedimiento complejo de satisfacción de las necesidades públicas mediante el empleo de fondos públicos y como flujo monetario que representa la salida de las cajas públicas. Penetra en su elaboración dogmática y habla de tendencias que lo explican en los siguientes términos:

Una tendencia doctrinal ha elaborado la dogmática del gasto público apoyándose en su consideración como obligaciones del Estado, en relación con las cuales se estudia su fuente, condiciones de validez,

¹⁹ Oreste Ranelletti, Derecho de la Hacienda Pública, traducción de Juan Camilo Restrepo, TEMIS, Bogotá, 2007, p. 9 y siguientes.

exigibilidad, competencias para obligar al Estado, sujetos activos y pasivos y su cumplimiento o incumplimiento. La principal carencia de esta concepción es que, considerando el gasto público en su totalidad, no se brinda un instrumento de análisis que permita apreciar su conexión con los principios o criterios rectores que lo informan (equidad, eficiencia, economía..) y considerado en su singularidad,, es decir, atendiendo a la estructura de las distintas relaciones de gasto que se establecen entre el Estado y sus acreedores, no se supera la concepción medial instrumental respecto de la prestación de los fines y servicios públicos (actividad administrativa), quedando difuminada sus sustantividad propia.

Una segunda corriente doctrinal estudia el gasto público como ejercicio o desarrollo de una específica función pública: la función financiera de gasto, es decir, como conjunto de potestades atribuidas al ente público en materia de gasto a cuyo ejercicio está obligado por mandato de la Ley²⁰. Dichas normas de conciben como normas de acción más que de relación. .

Vito Tanzi y Ludger Schuknecht llegan a concluir que el gasto público como porcentaje del Producto Interno Bruto, PIB, ha crecido desmesuradamente. Señalan que en el Siglo XIX el gasto alcanzaba cuando más al 10% del PIB. Entonces los Estado aún no se habían hecho cargo del servicio de salud pública,

²⁰ L. Pascual García, Régimen Jurídico del Gasto Público, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, p. 48-49.

de las pensiones públicas, de la educación en todos los niveles, de las compensaciones por desempleo, en general de subsidios. Evidentemente el escenario era otro. Los autores en sendos cuadros estadísticos demuestran el crecimiento, en casos exponencial, del gasto público a partir de la década de los sesenta del Siglo XX. El estudio no abarca el presente Siglo. Los porcentajes en crecimiento van de una banda del 20 y más por ciento, hasta una del 60 y más por ciento, cada uno de los varios países analizados. Se ha de tener presente que a fines del Siglo XX ante el crecimiento de la órbita estatal y del consecuente gasto público se comenzaron aplicar políticas en contrario dentro de lo que se denominó neoliberalismo económico a fin de neutralizar ese incremento ciertamente en casos inmoderado. Los expertos llegan a sostener que el límite del gasto público ha de ser el 30% del PIB. Concluyen del siguiente modo:

Las sociedades modernas han aceptado la idea de que los gobiernos deben desempeñar un papel mayor en la economía y deben perseguir objetivos modernos, como la redistribución y el mantenimiento del ingreso. No se puede dar marcha atrás al reloj, y en efecto no debería hacerse. Para la mayoría de ciudadanos, el mundo actual es ciertamente más deseable que el de hace un siglo. Sin embargo, hemos sostenido que la mayor parte de las ganancias sociales y económicas puede obtenerse con un gasto público mucho menor que el actual. Es posible que el gasto público no necesite ser mucho mayor que el 30% del PIB, por ejemplo, para alcanzar la mayoría de los objetivos sociales y económicos importantes que justifican la intervención gubernamental. Sin embargo,

*esto requeriría reformas radicales, un mercado privado de buen funcionamiento y un gobierno con eficiente papel regulador*²¹.

El análisis concierne a países industrializados. En Ecuador y en otros países en desarrollo es entendible que el gasto público, aún para la ortodoxia, alcance un porcentaje mayor a ese 30%. Además, dicho análisis se ha levantado a fines del Siglo XX. Los acontecimientos posteriores, particularmente la crisis desatada hace aproximadamente cuatro años han modificado el escenario existiendo países que para remediarla propician más gasto público y otros que siguen la dirección contraria.

2. Clasificación.

Respecto de la clasificación del gasto público existen posiciones muy variadas. Sin embargo son recurrentes las que consideran que existen gastos de operación o funcionamiento y de inversión o capital. Igualmente las que preconizan que existen gastos ordinarios y extraordinarios. Esta última clasificación ha caído en desuso, pues los supuesto que la explicaban ya no rigen. En efecto, los gastos ordinarios eran aquellos que se sufragaban con ingresos ordinarios, en tanto que se tenían por extraordinarios los que se sustentaban en ingresos extraordinarios. Daba lugar a esta fenomenología el surgimiento de circunstancias no previstas ni previsibles como guerras, desastres

²¹ Vito Tanzi & Ludger Schuknecht, Crecimiento del gobierno y reforma del Estado en los países industriales, en Desigualdad Social, Valores, Crecimiento y el Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 255.

naturales, plagas, etc. Esa correlación entre ingresos y gastos para considerarlos ordinarios y extraordinarios es señalada por Jarach²². Otro enfoque apunta que, *gastos públicos ordinarios son las erogaciones habituales o normales de la Administración, es decir, las reiteradas en el curso de los ejercicios financieros de la hacienda y gastos públicos extraordinarios son las erogaciones destinadas a satisfacer necesidades imprevistas, excepcionales, eventuales o contingentes, no repetidas con regularidad en los distintos ejercicios de la hacienda*²³. Más apropiado es hablar de la finanza extraordinaria que abarca en un solo haz los ingresos extraordinarios que pueden consistir en impuestos cobrados una sola vez a las rentas y patrimonios con alícuotas gravosas, de empréstitos forzosos u otros de similar jaez y los gastos verdaderamente extraordinarios que se ha de erogar ante circunstancias del todo extraordinarias. Restrepo propone una cuestión importante cuando asegura que no existe una clara determinación del gasto social. Refiriéndose a Colombia sustenta que junto al concepto tradicional de gasto público surge el gasto público social que goza de preeminencia jurídica²⁴. En Ecuador cabe una reflexión similar. Es necesario desentrañar la naturaleza de los gastos permanentes en salud, justicia y educación considerados prioritarios. (Art. 286 inciso segundo de la Constitución). No se los puede considerar como simples y prosaicos gastos de operación, ni menos burocráticos.

Rodríguez Bereijo apunta la existencia de gastos obligatorios y facultativos y además, señala que el Estado no está obligado a gastar la totalidad

²² Dino Jarach *Finanzas Públicas*, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1978, p. 164.

²³ Héctor B. Villegas, *Manual de finanzas públicas*, Ibídem, p. 136.

²⁴ Camilo Restrepo, *Derecho presupuestal colombiano*, LEGIS, Segunda reimpresión, Bogotá 2008, p. 453.

de las autorizaciones presupuestarias²⁵. La existencia de estos dos ámbitos del gasto público puede tener influencia en la proposición de un derecho del gasto público. La misma fluye de mejor manera respecto de los obligatorios. A guisa de parangón cabe recordar que no caben obligaciones tributarias discrecionales. Gobernar es priorizar lo que da pie a que existan gastos, no los imprescindibles, en los que pueda existir un margen de discrecionalidad de las autoridades que los decretan, la cual puede, inclusive, obedecer a designios políticos.

Considerar al gasto público como un instituto jurídico y económico con destinaciones presentes y futuras constituye una conceptualización adelantada a su tiempo por Ingrosso, especialmente si se toma en cuenta que la visión intergeneracional es pan de hoy, particularmente respecto de la seguridad social, el medio ambiente, el clima²⁶.

Barquead citado por Damarco muestra la utilidad de la clasificación del gasto público y los propósitos que con ello se persiguen. Estos son facilitar la formulación de programas, contribuir a la efectiva ejecución del presupuesto, lograr la rendición de cuentas y analizar el efecto económico de la actividad estatal²⁷.

Los clásicos de la economía, con mayor o menor énfasis, sustentaron la esterilidad del gasto público. Luego de las dos conflagraciones mundiales y como

²⁵ Álvaro Rodríguez Bereijo, *El Presupuesto del Estado*, Editorial Tecnos, Madrid 1970, p. 245.

²⁶ Giovanni Ingrosso, *Corso di Finanza Pubblica*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1969, p. 192-194.

²⁷ Héctor Jorge Damarco, *ibídem*, p. 79.

efecto de las grandes crisis económicas, particularmente la de los años veinte a treinta y la última que insurge a partir de 2008 y de la cual no hay indicios de pronta salida, pocos dudan de la ampliación de las funciones y de la presencia necesaria y salvadora del Estado y de suyo del aumento exponencial del gasto público. Puede haberse llegado a extremos no deseables en esa ruta como lo demuestra la progresiva extinción de la economía planificada. Estos asertos se encuentran consignados en una publicación que realicé hace más de diez años cuando en Ecuador se comenzó a estudiar el derecho económico, ramo jurídico que tiene como cometido el estudio de la intervención del Estado en la economía en los entornos nacional e internacional²⁸.

El gasto productivo da lugar a la creación de bienes económicos, incrementa la renta nacional; el redistributivo no produce ese efecto. Los gastos en el extranjero transfieren una parte de la renta nacional. El gasto-precio se efectúa para la adquisición de bienes o servicios, comporta una contraprestación del Estado a los proveedores. El gasto-subsidación no supone contraprestación alguna. La adquisición de bienes para donarlos no incrementa la renta nacional. Estas precisiones económicas de suma importancia de Cosciani²⁹ reflejan desde ya, que no todos los beneficiarios del gasto se encuentran en similar relación jurídica con el Estado. Se discute y discrepa arduamente sobre las subvenciones. Hay quienes las consideran improcedentes e inclusive nocivas. Hay quienes las reputan necesarias, inclusive imprescindibles para aliviar la extrema pobreza,

²⁸ José Vicente Troya Jaramillo, *Estudios de Derecho Económico*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1998, p. 9 y siguientes.

²⁹ Cesare Cosciani, *Principios de Ciencia de la Hacienda*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1967, p. 547-549.

para conseguir la inclusión social o para facilitar el acceso a determinados servicios. Aún en los estados que profesan con fe de carbonero el sistema de mercado se conceden subvenciones. La diferencia se encuentra en su amplitud, generalidad y montos a los que alcanzan. En todos esos casos, la aguda acotación de Cosciani de que los beneficiarios no están obligados a contraprestación alguna se cumple.

Bajo el supuesto de que el gasto público se ha incrementado notablemente y de que constituye un instrumento valiosísimo para las políticas públicas merece ahondar de la mano de Jarach su visión económica. Son gastos productivos lo que corresponden a la adquisición de bienes intermedios y factores para la producción de los bienes y servicios públicos e incrementan la renta nacional. Los gastos de transferencia que son tales sin contraprestación, no incrementan la renta nacional, tienen efectos redistribuidores. Los gastos de consumo sirven para la producción de servicios públicos. Finalmente los gastos de inversión están destinados a la adquisición o producción de bienes instrumentales o de capital. Incrementan el activo fijo del Estado y le sirven para la producción de bienes y servicios públicos³⁰.

Hay clasificaciones de sabor administrativo. Se habla de gastos referidos a las funciones del Estado. Otros referidos a sus grandes cometidos como son la seguridad interna y externa, la educación, la sanidad, la defensa del medio ambiente. Suelen tener capital importancia los gastos militares. Aquí nuevamente

³⁰ Dino Jarach, *ibídem*, p. 165-170.

surge la interrogante sobre los derechos de los beneficiarios del gasto frente al Estado. Low Muttra trae a colación las reflexiones de Foxley, Aninat y Arellano sobre la experiencia chilena. Manifiestan que los gastos de salud suelen ser gastos de pobreza ya que favorecen notablemente a familias de escasos recursos, pues, los de altos ingresos acuden a médicos y clínicas privados. Los gastos públicos en educación se pueden dividir en tres segmentos, los dirigidos a la educación primaria son gastos de pobreza, mientras que los dirigidos a la educación secundaria y universitaria, pueden considerarse progresivos y regresivos en su orden. Los gastos para desarrollo agrícola se consideran progresivos, mientras que los de infraestructura son regresivos pues favorecen a los predios aledaños y a los propietarios de automotores. Esa regresividad puede corregirse con el cobro de contribuciones por mejoras y por gasto. Los gastos de justicia, seguridad y defensa benefician a pobres y ricos³¹. Tales apreciaciones son aplicables al país.

La eficiencia en el gasto es la que al final cuenta. Existe una falacia aceptada sin fundamento ni concierto en muchos lares, de que conceptual y tácticamente prevalecen y son deseables los gastos de inversión sobre los de funcionamiento. Venimos sosteniendo ya hace tiempo que se debe reexaminar estos asertos y que los gastos en educación, salud, justicia y otros de carácter social no son gastos de burocráticos o de mero funcionamiento, sino de

³¹ Enrique Low Muttra y Gómez Ricardo Jorge Enrique, *Política Fiscal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986, p. 336.

desarrollo. Toma esta idea mayor fuerza en los países en desarrollo. A este extremo se refiere con buen criterio Camilo Restrepo³².

Hay clasificaciones puramente funcionales, al servicio de la debida aprobación y ejecución presupuestaria. A ellas se refiere Villegas quién considera que se deben considerar criterios referentes al objeto, al carácter económico, a las finalidades y funciones, a las categorías programáticas y a la fuente de financiamiento³³. Este autor, Profesor Emérito de la Universidad de Córdoba, Argentina apunta sobre el particular:

Para los gastos públicos, su clasificación consiste en diversas formas de ordenar, resumir y presentar los gastos programados en el presupuesto, agrupándose en los tipos que se indican a continuación:

*a) **Por su objeto.** Esta clasificación consiste en la ordenación sistemática y homogénea de los bienes (sean de consumo o de uso) de los servicios, de las transferencias (transacciones sin contraprestación y con importes no reintegrables por los beneficiarios), de las variaciones de activos y pasivos del sector público en su proceso productivo (gastos por la compra de valores de crédito, acciones, títulos y bonos públicos o privados) y de los gastos destinados a cubrir el servicio de la deuda pública y a disminuir otros pasivos contraídos por el sector público.*

³² Restrepo, Camilo, *Hacienda Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 241.

³³ Héctor B. Villegas, *Manual de Finanzas Públicas*, Ibídem, p. 140.

*b) **Por su carácter económico.** Esta condición conduce a identificar la naturaleza económica de las transacciones que realiza el sector público y a evaluar el impacto de las repercusiones generadas por las acciones fiscales. Esta clasificación concuerda con el sistema de cuentas nacionales y tiende a facilitar el estudio de los efectos del sector público en el contexto de la economía. Aquí parecen los gastos corrientes, los de capital y las aplicaciones financieras, y a su turno se provee una descripción de las principales cuentas, por otro lado, se expone la correspondencia entre esta clasificación y la hecha según el objeto del gasto, que mencionamos en el punto anterior.*

*c) **Por sus finalidades y funciones.** En este rubro, la clasificación presenta el gasto público en forma acorde con la naturaleza de los servicios brindados por las instituciones públicas de la comunidad, para determinar los objetivos generales y los medios mediante los cuales se pretende alcanzarlos.*

*d) **Por sus categorías programáticas.** Acá se realiza la asignación de recursos financieros a cada una de dichas categorías dentro del presupuesto (programa, subprograma, proyecto, actividad, y obra). Cabe aclarar que la clasificación programática del presupuesto de un aspecto parcial de la aplicación de la técnica de programación presupuestaria porque expresa solamente uno de los elementos de esta programación, esto es, los recursos financieros.*

*e) **Por su fuente de financiamiento.** En esta clasificación se presenta los gastos públicos según los tipos genéricos de recursos empleados para*

financiarlos; este tipo de clasificación identifica el gasto según la naturaleza de los ingresos, así como también la orientación de éstos hacia la atención de las necesidades públicas. Según este último tipo de agrupación es que retoma importancia el viejo axioma de que los gastos corrientes se deben financiar con recursos corrientes.

3. Proyección fiscal y extrafiscal.

La rectoría económica del Estado se manifiesta principalmente a través del gasto público. Esta proposición que confiere al Estado un rol particular es grata a los cultores mexicanos del derecho económico. Entre ellos destacan Jorge Witker y Andrés Serra Rojas³⁴. Actualmente se encuentra fuera de discusión la intervención del Estado en la economía. Esta puede ser casi total en los países de economía planificada, hoy poco numerosos, o puede ser de menor y de variada intensidad en los países regidos por el mercado. Inclusive en países como Estados Unidos hace ya tiempo que se introdujo la *fiscal policy* o política económica que constata la existencia de la economía pública, que reconoce que ella es parte importante del PIB y que por lo tanto su manejo, que se vierte en medidas concretas, incide en la economía general y en el estado del bienestar.

En este Ítem, que atañe a la proyección fiscal y extrafiscal del gasto público, a menester distinguir entre los efectos generales económicos del gasto y

³⁴ Jorge Witker, *Derecho Económico*, Harla & Row Latinoamericana, México 1985; Andrés Serra Rojas, *Derecho Económico*, Editorial Porrúa, México D.F. 1996.

su condición de instrumento de la política económica, el cual puede ser utilizado a la par que otros arbitrios, especialmente, en el orden de las finanzas públicas, cuales son los ingresos, entre los que destacan los tributos.

La neutralidad del gasto público preconizada por la finanza clásica de que el ingreso y sobre todo el gasto no deben influir en el ciclo económico es hoy insustentable. Es un sueño irrealizable en el actual Estado de bienestar que provee servicios y efectúa pagos de transferencia al decir de Banacloche Pérez quién señala agudamente que los beneficiarios de las rentas distribuidas a través del gasto público provocan una demanda de bienes de consumo. La teoría del multiplicador del gasto se propuso medir la relación entre el gasto inicial y la expansión final de la renta. Este estudioso llega a manifestar que el problema del gasto se enlaza con las decisiones políticas. Sobre esta cuestión afirma: *Económicamente nada impide que los gastos públicos sean el cien por cien de la renta nacional, lo que significaría tan solo que se trata de un estado socialista y no está probado que ese estado sea menos eficaz que otro. Podría decirse que es peligroso para la libertad individual, pero también se puede opinar lo contrario; así el marxismo entiende que la libertad está en peligro por la explotación económica que resulta de la propiedad privada de los medios de producción*³⁵. En concreto se entiende como efecto multiplicador del gasto público el coeficiente por el que un volumen determinado de inversión o gasto público inicial, debe multiplicarse con el propósito de obtener el dato, más o menos

³⁵ Julio Manuel Banacloche Pérez, *Manual de Economía Financiera*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1971, p. 60-61; 77.

preciso, del aumento total habido en el ingreso nacional atribuible a esa inversión³⁶. Parejo al efecto multiplicador surge el efecto acelerador del gasto público que pretende demostrar que cuando se incrementa el destinado a inversión de equipos, maquinarias y bienes de capital, el efecto multiplicador se produce a mayor velocidad. Dalton se refiere ampliamente a los efectos económicos del gasto. Alude a la mejor distribución de los recursos económicos entre la comunidad; a la posibilidad de, en épocas de depresión, gastar en obras públicas que reactiven la economía³⁷. Esta última receta aplica los postulados de Keynes según los cuales el gasto público es instrumento importante para relanzar la economía. Alrededor de estos postulados ha girado el pensamiento económico. Así han aparecido sucesivamente partidarios y opositores de Keynes. Para solucionar la crisis mundial surgida desde el 2008 y que continúa sin cabal solución, a groso modo, se han adelantado dos posiciones, la una la de contraer el gasto asumida de modo general por Europa y la otra, grata a Estados Unidos, la de gastar en grandes obras públicas y con ello alentar la economía y principalmente el empleo y el consumo. Obviamente existen soluciones intermedias. Es lo cierto que el gasto público ha readquirido un papel protagónico.

La intervención del Estado en la economía ocurre necesariamente inclusive en los estados regidos teóricamente por la mano invisible del mercado. Lo asertivo es que inclusive esa intervención es clamada por esos países para el

³⁶ Sergio Francisco de la Garza, Derecho Financiero Mexicano, Editorial Porrúa S. A. México D.F. p. 135.

³⁷ Hugh Dalton, *Ibídem*, p. 258

debido funcionamiento del mercado. Huelga, sin embargo distinguir entre actividad reguladora y actividad participadora del Estado. Lo primero incrementa el gasto público en la financiación de los servicios de regulación; lo segundo supone que el sector público dispone dotaciones de recursos para operar en la economía en competencia con el sector privado o en subsidio de este sector, o, en casos muy reducidos y generalmente no deseables, monopólicamente. El gasto público atraviesa todos estos supuestos. De allí su importancia referida con propiedad por Faya Viesca quién proclama: *La estructura política, económica y social de los Estados contemporáneos responde mejor a la hacienda moderna que justifica las facultades cada vez más crecientes del poder público para intervenir y regular la economía. Los propios países occidentales están muy conscientes del papel rector del Estado en la economía y en la sociedad. Por lo expuesto anteriormente creemos que el aumento de los gastos públicos, se justifica política, económica y socialmente*³⁸.

El empleo del gasto público persigue finalidades económicas dentro del Estado no neutral, más, persigue también finalidades sociales y sustancialmente redistributivas de la riqueza nacional. Cuando se observa un presupuesto público, mejor si es consolidado, en el cual aparezcan la totalidad de los gastos, excepto, posiblemente, los financieros, pero incluyéndose los del Estado central y de todos los entes territoriales que, con mayor o menor autonomía integran el sector público, cabe inferir las políticas económicas que se procura a través del gasto público. Ello no significa que se ha de analizar este instrumento

³⁸ Jacinto Faya Viesca, *Ibíd*em, p. 50...

aisladamente, sino al contrario que se lo ha de descifrar en asocio con otros instrumentos, especialmente los ingresos tributarios y los arbitrios monetarios.

Dentro del ámbito social referido, el cual connota equidad y solidaridad, que no debe reñir con el dicho ámbito económico, que connota eficiencia y eficacia, el gasto público es instrumento principal para priorizar el gasto social y para distribuir la riqueza. En esto último ha de producirse un feliz asocio con el orden tributario, particularmente con la imposición directa que incide en rentas y patrimonios. Low Mutra contrasta los impuestos progresivos que gravan en mayor proporción a las familias de altos ingresos, con los gastos públicos de pobreza dirigidos a las clases de ingresos bajos, consiguiéndose con ambos arbitrios una mejora en la distribución de la riqueza³⁹. Con acento social, en términos parecidos, Ahumada enseña que el gasto público agrega a los incapacitados o titulares de rentas inferiores poder de compra que consiga neutralizar las grandes desigualdades⁴⁰. En tiempos recientes, Zornoza aún lo económico y social del gasto público y señala que el mismo es una de las principales palancas de transformación social, de intervención en la economía y en la configuración social⁴¹. Camilo Restrepo, quién da noticia que en Colombia se consigna en la Constitución como categoría del gasto público los sociales, manifiesta que en el Estado contemporáneo el gasto público juega un papel decisivo para que la hacienda pública pueda cumplir una función redistributiva y de manera especial el gasto focalizado hacia los sectores más débiles y

³⁹ Enrique Low Mutra y otro, *Ibidem*, p. 334.

⁴⁰ Guillermo Ahumada, *Ibidem*, p. 82...

⁴¹ Juan Zornoza Pérez, en *Hacienda Pública, gasto público y derechos económicos y sociales*, en Finanzas Públicas y Constitución, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 93.

marginados de la población latinoamericana⁴². Amatucci manifiesta que corresponde al gobierno, de acuerdo a la constitución formular el presupuesto en términos tales que persigan los fines económicos y sociales que ella preconiza, los cuales se refieren a la distribución de la riqueza, pero también a la libertad de la iniciativa económica en los límites de su función social, y el estímulo y la tutela del ahorro⁴³.

Domingo Carbajo Vasco trae la definición de gastos fiscales de la OECD, la cual es como sigue: *Los gastos fiscales pueden ser descritos como gastos públicos efectuados a través del sistema fiscal para conseguir objetivos económicos y sociales*⁴⁴. El autor parte de la norma constitucional de España contenida en el artículo 134.2 que establece que en los Presupuestos Generales del Estado se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado y analiza lo que se conoce como Presupuesto de Beneficios Fiscales, PBF. Se tiene como gastos públicos los montantes que deberían acrecer al rubro ingresos públicos, los cuales no cumplen ese ciclo a virtud de los beneficios exonerativos que se conceden a los particulares dentro de políticas fiscales que se ponen en vigor por parte del Estado. Los instrumentos empleados al propósito pueden ser de variado jaez. Así deducciones especiales, tarifas impositivas especiales e inclusive dilación en el pago de obligaciones tributarias.

⁴² Juan Camilo Restrepo, *La nueva fisonomía jurídica del concepto de gasto público en Latinoamérica*, en *El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, César García Novoa y Catalina Hoyos, coordinadores, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 454.

⁴³ Andrea Amatucci, *El ordenamiento jurídico financiero*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá 2002, p. 70-71.

⁴⁴ Domingo Carbajo Vasco, *¿Existe un presupuesto de gastos fiscales en España?* En *Justicia y Derecho Tributario*, Libro en homenaje al Profesor Julio Banacloche Pérez, Coordinadores, Carmen, Julio y Begonia Banacloche, La Ley, grupo Wolters Kluwer, Madrid 2008, p. 259 y siguientes.

En el fondo, esos procedimientos favorecedores de ciertos particulares, redundan en el aumento de la carga de otros. De allí que sea necesario, según lo propone Carbajo Vasco, efectuar un análisis de la rentabilidad y conveniencia social de esos gastos públicos que primero son gastos fiscales. Para lograr el propósito el estudioso propone que debería efectuarse un examen, cabría crear una consultoría, sobre el tema, bajo los siguientes baremos: *a) Describir e informar acerca de la situación y datos que proporcionan los diferentes PBF publicados en España; b) analizar la metodología de cálculo de los mismos, los problemas que plantean y la lagunas de información que ofrecen. c) Intentar su consolidación, ofreciendo, en la medida de lo posible un auténtico “Presupuesto de Beneficios Fiscales de las Haciendas Públicas Españolas”, completo, cerrado, único y elaborado con metodología uniforme. d) Relacionar los beneficios fiscales existentes en las diversas Políticas Públicas en las cuales deben enmarcarse, señalándose sus elementos de coordinación y, en su caso, de contradicción interna. e) Exponer una metodología uniforme, o, al menos, generalizada para evaluar el costo beneficio de los beneficios fiscales existentes en España, incluyendo algún ejemplo significativo de la misma. f) Hacerlo en cada caso a partir de las apropiadas experiencias internacionales y comparando la situación española con los Estados de nuestro entorno (OCDE)⁴⁵. En Ecuador, luego de un amplio paréntesis a partir de las leyes de fomento derogadas con la reforma de 1989, se ha tornado a aplicar políticas que favorecen a determinados segmentos y que entrañan gasto público en los términos comentados, bien estaría que se efectuase un análisis como el que propone el mencionado experto.*

⁴⁵ Domingo Carbajo Vasco, *Ibidem*, p. 274-275.

En el estudio sobre Política Fiscal y Equidad efectuado por la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) respecto de los países de la CAN, levantado en el 2006, se llega a concluir que el impacto redistributivo del gasto público social es notoriamente mayor que el que se puede atribuir a los impuestos. En el Resumen Ejecutivo elaborado por Barreix, Roca y Villela se llega a esa conclusión y se detalla lo que ocurre respecto de los gastos de educación, salud y pensiones. En su parte pertinente, dice el análisis:-

El acumulado del gasto público social presenta un impacto redistributivo mucho mayor que los impuestos. Esto se refleja en una corrección del índice de Gini de más de 5 puntos cerca de la mitad de las economías desarrolladas.

El gasto en educación en los tres países andinos estudiados es progresivo, y además, pro-pobre en la educación primaria y secundaria, en tanto la educación universitaria, si bien es progresiva, resulta pro-rica. La universidad pública es aprovechada por los más pudientes, en una relación de cinco a uno, con la excepción de Perú donde es dos veces y media más. Adicionalmente, el costo por alumno universitario es cinco veces superior al de la enseñanza primaria. Por tanto se hace perentorio analizar los efectos de la educación universitaria en los ingresos y posibles externalidades de la educación superior para definir su política de financiación. En definitiva, mayores erogaciones en educación básica

tendrán un doble efecto: mejorar la competitividad laboral y favorecer la equidad vertical, evitando que su mala calidad constituya una trampa para el ascenso social.

El gasto en salud es muy progresivo en los tres países con los que se contó con información para analizarlo, pero solamente resulta pro-pobre en el caso del régimen subsidiado de Colombia, lo que muestra que existe capacidad administrativa de focalizar correctamente el gasto⁴⁶.

Sin necesidad de aducir la posición que sustenta el análisis económico del derecho, y sin dejar de señalar que hace falta actualizar la fuente que se emplea y cita, es evidente que las acotaciones que anteceden han de considerarse al trazar las políticas públicas correspondientes, como también al considerarse las acciones que pueden ejercitar los administrados, en los términos que luego se desarrollan en el Capítulo III de este trabajo.

⁴⁶ Alberto Barreix, Jerónimo Roca, Luis Villela, *Resumen ejecutivo del estudio Política Fiscal y Equidad, Estimación de la progresividad y capacidad redistributiva de los impuestos y el gasto público social en los países de la Comunidad Andina*, en *La Equidad Fiscal en los Países Andinos*, Comunidad Andina, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2006, p.57.

Capítulo II

1. El derecho constitucional del gasto público. 2. El gasto público dentro de la constitución económica: los derechos económicos y sociales. 3. El gasto público dentro del estado social de derecho y de la economía social de mercado. 4. El gasto público dentro del estado constitucional de derechos y justicia.

1. El derecho constitucional del gasto público

El derecho constitucional da más cabida al orden tributario. Sus principios obran desde antaño en las constituciones, en las declaraciones universales de derechos humanos, En la Carta Magna que los lores obligaron a expedir a Juan sin Tierra, el enunciado *no taxation with out representation* no tiene solo carácter normativo, ha devenido en una práctica internacional de general aplicación. Este enunciado con otros ha permitido que se sustente la existencia del derecho constitucional tributario. El presupuesto, formulado por el ejecutivo y aprobado por el parlamento, se regula por disposiciones constitucionales y aunque que con menor énfasis que lo que ocurre en el ámbito tributario, ha dado pie para que se hable del derecho constitucional presupuestario.

El gasto público cuyas notas sobresalientes son la equidad y la eficiencia, su vocación financiadora del servicio público y en último término del bien común que ha de perseguir el Estado y los entes que lo integran y de instrumento

necesario para actuar la política económica, no ha merecido sino parvamente, preocupación constitucional. Suelen ser pocas las normas que sobre el gasto público contemplan, de modo directo, las constituciones.

Sin embargo de ello, contrastantemente, son muchas las normas constitucionales que tienen relación con el gasto público. Hace falta, por tanto, reflexionar sobre si es dable sostener la existencia del derecho constitucional del gasto público.

Las normas constitucionales que por antonomasia puedan dar sustento a un saber que quepa designarse como derecho constitucional del gasto público han de referirse a la equidad del gasto público y a la función de instrumento de políticas públicas para conseguirla. El orden presupuestario, *per se*, no persiguen expofesa o explícitamente semejantes cometidos. Su destino manifiesto se dirige a la formulación y aprobación del presupuesto con la intervención del ejecutivo y del legislativo. También atañe a su ejecución y al control consecuente inclusive por medios judiciales. Sirve al entorno macroeconómico para, de acuerdo a disposiciones que pueden obrar en las constituciones, privilegiar la aplicación presupuestaria en finalidades como la seguridad, la sanidad, la educación, la justicia, la defensa del medio ambiente y otras de índole general. Dicho orden sirve a los propósitos ideológicos de los gobiernos de turno los cuales procuran responder con la aplicación presupuestaria a las ofertas políticas.

Conciernen al gasto público los modelos de Estado recogidos en las constituciones y los derechos y garantías fundamentales consignadas en ellas y en los convenios internacionales. El derecho constitucional tributario tiene íntima relación con el gasto público y con sus enunciados fundamentales. Sirve a este propósito de lumen la afirmación de Grizzioti de que el gasto público y los ingresos públicos son elementos y momentos indisolubles⁴⁷. Violeta Ruiz Almendral en diversos pasajes relaciona los tributos con el gasto público. Así señala que el principio de capacidad económica ha de combinarse con el principio de la justicia en el gasto público⁴⁸. Aún más afirma que la justicia tributaria guarda una relación inseparable con la justicia en el gasto público⁴⁹. Casado Ollero, refiriéndose a la Constitución de 1978 vigente en España señala: *Por primera vez en nuestra historia constitucional se conectan los ingresos y los gastos públicos en una visión global de la Hacienda Pública*⁵⁰. Dicho estudioso, cuyo enfoque acogemos, cita a Fuentes Quintana senador y estudioso del ramo quién influyó en la expedición de la Constitución, el cual manifiesta que el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación, ejecución y control y responderán a los principios de eficiencia y economicidad⁵¹. A la equidad se suma la eficiencia y también la economicidad. Se llega inclusive a proponer el principio de coherencia entre recursos y gastos. La justicia del gasto no se subsume simplemente en su legalidad que para eso

⁴⁷ José Vicente Troya Jaramillo, *El derecho del gasto público*, monografía inédita. Quito, 2011.

⁴⁸ Violeta Ruiz Almendral, *Impuestos y Estado Social*, en Finanzas Públicas y Constitución, Juan Zoronoza Pérez, Coordinador, Corporación Editora Nacional, Quito, p. 19.

⁴⁹ Violeta Ruiz Almendral, *Ibidem*, p. 56.

⁵⁰ Gabriel Casado Ollero, *La Constitución y el derecho financiero: la constitucionalización de la justicia en el gasto público*, colaboración para la Revista Jurídica de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011.

⁵¹ Gabriel Casado Ollero, *Ibidem*.

está el presupuesto. Paralelamente ocurre lo propio en los tributos, los cuales se encuentran sujetos al principio de reserva de ley, hay quienes dicen de legalidad, lo que es de índole formal, mas, y principalmente se gobiernan por el principio de capacidad contributiva que nos dice de la justicia y equidad de que han estar revestidos.

Advierte un peligro Casado Ollero, cual es el de que la equidad del gasto pública inserta en el artículo 31.2º de la Constitución quede en pura retórica. De allí que sea necesario relacionarlo con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico: la libertad, la igualdad y la justicia⁵². En este punto conviene señalar que tiene importancia el modelo constitucional. En Ecuador, la Constitución de 1998, proclama el estado social de derecho en tanto que la vigente de 2008, proclama un estado constitucional de derechos y justicia social. Añade que es democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. La equidad del gasto público, que no aparece expresamente reconocida, se encuentra cualificada por los mencionados atributos del estado. Sin embargo el artículo 85 numeral 3 contiene un texto que puede conceptuarse como un apoyo a la equidad del gasto. Dice: *El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos*. Es de inferir que semejantes calificativos de equidad y solidaridad también atañen al gasto público.

⁵² Gabriel Casado Ollero, cita a Rodríguez Bereijo, *Ibídem*.

La ley debe suplir o mejor complementar lo que no se encuentra explícito en la Constitución. A. L. Antonaya Suia, citado por Casado Ollero, proclama que se requiere un conjunto de mecanismos legales que irían por estos senderos: el establecimiento de un conjunto de normas reguladoras de la gestión pública; el establecimiento de un sistema de control; y, el establecimiento de un sistema legal de responsabilidades. Es lo cierto que, según asevera el propio Casado Ollero hay mucho camino que recorrer. Dice a este propósito: *Pero hay que reconocer que, tanto en la determinación del sentido y de las exigencias impuestas por los criterios constitucionales en materia de gasto público como en la articulación de los mecanismos de tutela jurídica de los derechos públicos de los ciudadanos a una asignación equitativa de los recursos públicos, casi todo está por hacer.* El colofón de estas expresiones fluye de suyo; existe un gran espacio en que incursionar.

Ya no se trata únicamente de señalar la equidad del gasto público en general, sino de la asignación equitativa de los recursos lo cual personaliza y puntualiza el tema. Eso da pie a que se pueda enunciar el derecho de quienes deberían ser beneficiarios del gasto a esa asignación equitativa. Bayona de Perogordo ayuda a penetrar en estos arcanos y propone tres exigencias fundamentales para lograr la asignación equitativa, que se resumen en garantizar la satisfacción mínima de las necesidades públicas; el principio de justicia material del gasto público que comporta la ausencia de discriminaciones tanto en sentido absoluto de unas necesidades respecto de otras, como en sentido

relativo entre diferentes situaciones con una misma necesidad pública; y, la interdicción de la arbitrariedad en el gasto⁵³.

La equidad del gasto va de la mano con la realización de los derechos económicos y sociales aceptados en forma franca en América Latina por el Protocolo Adicional de San Salvador de 1988 que incluye trece derechos, entre ellos los culturales. Estos derechos inexactamente denominados de segunda generación, son de igual importancia y trascendencia de los denominados de primera generación, los que son de mayor y general aceptación. Sobre el punto son importantes las reflexiones de Robertson y Merrills: *In particular, economics, social and cultural rights are no subordinate to civil and political rights ore vice versa*⁵⁴. Con ellos se consagra el derecho al trabajo, los derechos sindicales, el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud, el derecho a un ambiente sano, el derecho a la alimentación, el derecho a la educación, el derecho a los beneficios de la cultura, el derecho a la constitución y protección de la familia, los derechos de la niñez, la protección a los ancianos y la protección a los minusválidos. Es dable afirmar que las cuestiones inherentes a la equidad del gasto y a la correspondiente asignación de recursos, respecto de los singulares habitantes de un país, tienen mayor relación con los derechos económicos, sociales y culturales que con los derechos civiles y políticos. Así mismo, cabe señalar que de los varios derechos económicos, sociales y culturales, unos tienen mayor conexidad que otros con el gasto y la asignación antes aludidos.

⁵³ J.J. Bayona de Perogordo, *Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos*, en Presupuesto y Gasto Público NO. 2.

⁵⁴ A. H. Robertson and J. G. Merrills, *Human Rights in the World*, fourth edition, Manchester University Press, Manchester and New York, 1996, p. 274.

Dos temas de difícil discernimiento subyacen para lograr el designio de la equidad en el gasto y la asignación de recursos, la suficiente dotación presupuestaria y el control constitucional sobre la misma y sobre el posible derecho subjetivo que ampare a los beneficiarios de los gastos sociales, económicos y culturales. En estos tiempos de fronda en los que se preconiza la estricta limitación del déficit y del endeudamiento, puede suceder que el Estado de bienestar sufra quebrando y que la inclusión social sufra desmedro⁵⁵. La posibilidad de que se proponga una acción subjetiva o de plena jurisdicción a fin de que se obtenga la aplicación de los derechos sociales y económicos es loable pero aún es de muy dudosa concreción. Estos extremos constitucionales, que esa categoría han de tener, todavía se ven lejanos. Los asertos de Casado Ollero son alentadores, muestran un deber ser. Dice: *Lo que se niega, sin embargo, es que las “razones presupuestarias” (amparadas en la insoslayable limitación de los recursos disponibles”), o los supuestos desequilibrios de la Hacienda Pública, basten por si solos para limitar la efectiva protección de los derechos fundamentales (de prestación) y de los derechos económicos y sociales, reduciéndolos a su mera y nominal proclamación en el texto constitucional*⁵⁶.

El Estado tiene la obligación de respetar los derechos humanos, la de protegerlos y la de cumplirlos y hacerlos cumplir y en caso de duda aplicar el principio *pro homine*. Ante la imposibilidad real de que el Estado satisfaga cabalmente los requerimientos económicos que suponen la plena realización de

⁵⁵ En estos días, 31 de agosto de 2011, se sustancia una reforma a la Constitución Española, que seguramente será aprobada, mediante la cual se pone coto al déficit presupuestario. Ello sobrevendrá en algunos años y previa la expedición de una legislación orgánica.

⁵⁶ Gabriel Casado Ollero, *Ibíd.*

los derechos humanos se ha enunciado el principio del contenido mínimo indispensable que debe asegurarse por el Estado. Corti señala: *Un Estado incurre en una violación del Pacto (se refiere a los Principios de Maastricht) cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales denomina “una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos”*. En otro apartado dice: *la escasez de recursos no exime a los Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales*. En los Principios de Maastricht se encuentra prohibida la regresividad que reduzca el nivel de protección de cualquiera de los derechos indicados⁵⁷.

La exigibilidad es el punto que entraña mayor dificultad. La Declaración de Quito⁵⁸ comporta un caso de *soft law*, que más sugiere que obliga, En su artículo 23 estatuye: *Los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles a través de diversas vías judicial, administrativa, política, legislativa*. La postulación de casos judiciales referidos a estos derechos adquiere un mayor sentido en el marco de acciones integradas en el campo político y social, tanto nacional como internacional. El artículo 24 prosigue: *Los instrumentos internacionales y constitucionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales son operativos y establecen derechos exigibles directamente por las personas, incluso ante su omisión en la reglamentación legal*. En tal

⁵⁷ Horacio G. Corti, *Ley de Presupuesto y derecho Fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero*, Buenos Aires, 2011.

⁵⁸ Ver *Declaración de Quito*; documento completo disponible en ANEXO 1.

sentido, los jueces están obligados a aplicar directamente estos instrumentos y a reconocer en los casos concretos sometidos a su jurisdicción los derechos que estos consagran⁵⁹. Es un caso evidente del deber ser. También lo es la Carta Social de las América por un nuevo orden social para América Latina y el Caribe, aprobada por la 47ava. Asamblea General de la OEA el 4 de junio de 2012 en Cochabamba, Bolivia⁶⁰.

Se proclama la vigencia del Estado del constitucionalismo social dentro del cual los derechos sociales, económicos y culturales constituyen posiciones subjetivas de las personas que afirman un principio de igual dignidad e igualdad substantiva básica de todos los seres humanos⁶¹. La nota sobresaliente es la de considerar a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, DESC, soporte de posiciones subjetivas, lo cual puede ser decisivo respecto del gasto. Nogueira Alcalá cita a Theodor Tomandl quién da razón de las varias posiciones que las constituciones han asumido respecto de los DESC las cuales son reveladoras de su implicación sobre el gasto público. La primera considera que las normas sobre los DESC son programáticas y por ende orientadoras; la segunda, del mismo talante que la anterior, las considera que son únicamente de organización; la tercera como derechos públicos subjetivos que entrañan facultades de las personas y obligaciones prestacionales del Estado; y, la cuarta que va en la dirección de la tercera y que constituyen mecanismos de garantía que imponen

⁵⁹ La Declaración de Quito de 24 de julio de 1998 atañe a la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en América Latina y el Caribe.

⁶⁰ Ver texto íntegro de la Carta Social de las América en el ANEXO II.

⁶¹ Humberto Nogueira Alcalá, *La Constitución Ecuatoriana y los derechos económicos sociales y culturales*, en Los derechos fundamentales, Pablo Pérez Tremps, Coordinador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p.96.

verdaderos deberes al Estado⁶². Lo que se debate en el fondo es la justiciabilidad de los DESC. Zornoza Pérez señala que el Tribunal Constitucional Español ha rechazado tajantemente cualquier interpretación de la Constitución que diferencie entre normas jurídicas auténticas y normas programáticas afirmando que todas son jurídicas⁶³. Tal criterio debe ser aplicable a los DESC.

Plazas Vega procura infundir cuerpo a la visión de lo que podría ser el derecho constitucional del gasto público. Concuerta con el enunciado antes consignado y señala que normalmente son pocas las normas inherentes a los principios del gasto público que obran en las constituciones, pero que existen disposiciones que tienen relación trascendente con el tema. Ello le sirve de asidero para ostentar la existencia de principios del gasto público, los cuales son a su entender la reserva de ley, la justicia, la progresividad, la solidaridad, la eficiencia, la eficacia, la transparencia, la razonabilidad, la subsidiariedad, la planificación y la competencia. El autor señala las normas de la Constitución de Colombia de 1991 concernientes a esos principios⁶⁴.

Sobre el principio de reserva de ley de los tributos y del gasto manifiesta que el presupuesto es solo una prospectación y estimación y que ya no rige el antiguo principio de que en cada ejercicio, al aprobar el presupuesto se autoriza el cobro de los ingresos. Es necesario apuntar que la intervención de los

⁶² Humberto Nogueira Alcalá, *Ibíd.*, p. 109-110.

⁶³ Juan Zornoza Pérez, *Hacienda Pública, Gasto Público y Derechos Económicos y Sociales* en Finanzas Públicas y Constitución, obra de su coordinación, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 87.

⁶⁴ Mauricio Plazas Vegas, *Los principios políticos y constitucionales del gasto público*, en Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.

parlamentos se ha relativizado en los tributos y en el gasto aunque es evidente que tal intervención es una de las conquistas más importantes del constitucionalismo moderno.

El propio autor se demuestra partidario de la intervención del juez constitucional quién debe velar por la aplicación íntegra de la Constitución, y particularmente de los derechos fundamentales. Avanza la tesis de que cabe que el juez constitucional disponga el gasto y atienda acciones subjetivas o de plena jurisdicción de los administrados. No desconoce la dificultad de perseguir semejantes propósitos⁶⁵,

Nora Lieschitz adhiere decididamente a los nuevos enfoques constitucionales, sostiene que la Constitución es un instrumento flexible para estimular la iniciativa creadora. Encuentra un nexo con los derechos y la planificación. El temperamento de la Constitución de Ecuador de 2008 discurre por rumbos similares. La autora se produce en los siguientes términos:-

A partir de la Constitución y de los derechos reconocidos en ella se puede establecer el gasto público y de allí el sistema de ingresos. La Constitución provee las bases para el plan o proyecto de desarrollo que se pone en práctica por medio del presupuesto público, que así se transforma en herramienta de estímulo en la economía, en la búsqueda del cumplimiento de los fines de la Constitución. La planificación es una

⁶⁵ Mauricio Plazas Vegas, *Ibíd.*

*herramienta financiera básica del desarrollo, pues ella establece la funcionalidad de la hacienda pública*⁶⁶.

Con gran realismo señala las dificultades que pueden surgir por lo que se ha dado en denominar imposible cumplimiento. A este propósito manifiesta: *La Constitución no debe ser un catálogo de ilusiones. En caso contrario deviene un texto de imposible aplicación, con la consecuencia de derechos de imposible cumplimiento, el peligro de encontrarnos en un derecho nominal lacerado por imposibilidades financieras.* Matiza su posición y con firmeza asevera que pervive la posición que propone una hacienda funcional, a la que da un acento latinoamericano, posición cercana al neoconstitucionalismo. Explicita su forma de pensar y dice: *La redistribución es el mecanismo de la “justicia social” y representa la lucha contra la desigualdad, vía impuesto o gasto”, cuyo fundamento es el principio de la solidaridad del Estado, y la equidad, en definitiva, la plena participación de los ciudadanos en la vida civil.* Además de la *Constitución Económica y Social* proclamada por la Constitución de Querétaro, México de 1917, introduce como baremo nuevo y necesario, la *Constitución Cultural*. Como consecuencia de la hacienda funcional presenta al gasto público como elemento activo del quehacer financiero. Al igual de lo que ocurre en Colombia, preconiza el gasto social. Dice:

⁶⁶ Nora Lifschitz, *La evolución del pensamiento jurídico financiero en América. Las finanzas públicas como expresión del constitucionalismo latinoamericano*, en *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario, Estudios en honor de Andrea Amatucci, Volumen III **, Editorial Temis S. A. – Jovene Editore, Bogotá-Napoli, 2011, p. 50.

El gasto social, que es gasto de inversión para el desarrollo, tienen prioridades en tres ejes; a) medio ambiente, que abarca el hábitat y los recursos naturales, b) educación, que en nuestros sistemas regionales es importante ya que el progreso desde el siglo XVIII se enmarcó en el derecho a la educación gratuita y prestada por el Estado como servicio público a todos los habitantes, y c) la información y los medios de comunicación, el gran debate actual que implica una sociedad informada y educada para poder desarrollarse.⁶⁷

Para concluir este apartado y no soslayar la dificultad que aún existe de definir el derecho constitucional del gasto público, transcribo una afirmación que realizara hace ya algún tiempo y que sigue vigente. A la letra dice:

La Constitución contiene disposiciones que regulan el gasto público, algunas de ellas de tenor general, que permiten a los gobernantes cierta amplitud y discrecionalidad en su aplicación, otras que constituyen mandatos de observancia imperativa. La Constitución muestra especial preocupación por determinados aspectos tales como la alimentación, el vestido, la educación, la asistencia médica, los servicios sociales, la seguridad social, la promoción popular, la vivienda, especialmente la de

⁶⁷ Nora Lifschitz, *Ibíd.*, p. 56 y siguientes.

*interés social, el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado que garantice el desarrollo sustentable*⁶⁸.

2. El gasto público dentro de la constitución económica: los derechos económicos y sociales.

El modelo económico o constitución económica, según se ha acostumbrado denominar, tiene indudable relación con los DESC y con el correspondiente gasto público. A partir de la Constitución del Weimar en 1919 y antes en la de México en 1917 producto de la Revolución de 1910, se ha introducido en las cartas políticas el tema del modelo económico y también el de índole social. Hasta antes las constituciones contenían declaraciones de principios y normas sobre la organización del poder y sobre la institucionalidad pública. Las cuestiones principales que sobre el orden económico han sido reguladas por las constituciones miran al sistema económico, al decir de Julio César Trujillo, *al régimen de propiedad de los bienes de producción, a las funciones y límites de la intervención del Estado en la economía, a la organización social y cultural y a los medios para lograr el goce efectivo de los derechos sociales, económicos y culturales*⁶⁹. En Ecuador las Constituciones de 1929, 1945, 1946, 1967, 1978, 1998 y 2008 consagran sendos articulados referidos al mencionado ámbito, el cual se ha seguido ampliando y

⁶⁸ José Vicente Troya Jaramillo, *Finanzas Públicas y Constitución*, en La estructura constitucional del estado ecuatoriano, Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo, Roberto Viciano Pástor, editores, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 294.

⁶⁹ Julio César Trujillo Vázquez, *La Constitución económica, más allá del liberalismo*, en Revista FORO No. 7 del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2007, p. 112.

enriqueciendo. El modelo económico de la Constitución de 2008 que se encuentra vigente presenta algunas características que es necesario referir.

La solidaridad atraviesa el texto constitucional. Ya constaba en la Constitución de 1998 en el artículo 242 al hablar de la economía que debía responder a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad. En la actual se acentúa este principio, e inclusive trasciende al entorno internacional. El artículo 3 manda que al Estado corresponde promover el desarrollo colectivo y solidario. En el Plan Nacional de Desarrollo PND, objetivo 11 se contempla la implantación de un proceso incluyente, democrático, equitativo y solidario, diverso y ecológicamente sustentable. Se prevé que la solidaridad ha de proyectarse con relación a los ciudadanos y a las diversas regiones del país. En el 34 que trata del derecho a la seguridad social dice que se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiariedad, suficiencia, transparencia y participación. La solidaridad se traduce en el sistema mutual por el cual quienes más aportan al sistema subsidian a los que menos aportan. Las cuentas individuales de los afiliados no tienen cabida. Según el artículo 238 los gobiernos autónomos descentralizados, entre otros, se regirán por los principios de solidaridad. En el rubro políticas públicas, servicios públicos y participación ciudadana insurge también la solidaridad. El artículo 85 señala que las políticas públicas y los bienes y servicios públicos se formularán y brindarán a partir del principio de solidaridad. Inclusive se dice que deberá garantizarse la distribución equitativa y solidaria del presupuesto. El régimen de desarrollo, persigue varios propósitos, entre ellos construir un sistema económico justo,

democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, al tenor del artículo 276 numeral 2. La Constitución en el artículo 283 considera que el sistema económico es social y solidario y que el sistema económico se integrará por la formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria que incluye los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios. El régimen del buen vivir, centro de preocupación de la Constitución se ha de articular en el Plan Nacional de Desarrollo, se ha de basar, entre otros principios, por el de solidaridad, artículo 340 de la Constitución. Respecto de las relaciones internacionales, el artículo 416 de la Constitución proclama la cooperación, la integración y la solidaridad entre los pueblos. La solidaridad interindividual, en el entorno interno, interseccional, y en el entorno internacional entre todos los pueblos, es un elemento que modula y condiciona el gasto público.

En la Constitución Española se dice cómo hacer efectivo el principio de solidaridad. El artículo 158 prevé al propósito un Fondo de Compensación. El numeral 2 dice: *Con el fin de corregir desequilibrios económicos inter territoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyo recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso.* En la Constitución del Ecuador, según los artículos 270 al 274 los gobiernos autónomos descentralizados participarán de las rentas del Estado de conformidad con los principios de subsidiariedad, solidaridad y equidad. Esa participación alcanzará al menos al 15% de los ingresos

permanentes y al 5% de los no permanentes. Participarán también en las rentas que perciba el Estado por la explotación de los recursos no renovables. La distribución atenderá al tamaño y densidad de la población; necesidades básicas insatisfechas y logros en el mejoramiento de vida en cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo. Se debe tener presente que el Ecuador es un Estado unitario que ha de gobernarse en forma descentralizada. Se contempla y proyecta la formación de gobiernos regionales autónomos que acentuarían la descentralización. Hasta la fecha no han logrado conformarse. Para ello se requiere que dos o más provincias cumpliendo los requisitos que prevé la propia Carta Política, se constituyan en regiones.

En la Constitución de Colombia se privilegia el gasto social el cual goza de prioridad, salvo los casos de guerra o por razones de seguridad nacional. A estos extremos se refiere Camilo Restrepo antes aludido. Los artículos 350 y 366 hieren el tema. En la parte pertinente se lee: *En la distribución del gasto público social se tendrá en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas la población y la eficiencia fiscal y administrativa, según reglamentación que hará la ley. Se tiene por necesidades insatisfechas que deben ser remediadas por el estado la salud, la educación, el saneamiento ambiental y de agua potable.*

El derecho económico concierne a los principios y normativas que tratan de la intervención del Estado en la economía. Se discute su carácter social, planificador, administrativo y otras proyecciones más. Se considera que existe un

derecho económico nacional y otro internacional. Se enuncia que existe un derecho de la economía. Se trata de un saber en formación y por ello surge tanta duda respecto de su denominación, naturaleza y contenido. Cuando se comenzó a impartir estudios de postgrado sobre derecho económico en la Universidad Andina simón Bolívar, Sede Ecuador, hube de preparar un estudio monográfico sobre el particular, habiendo llegado hace más de diez años a las siguientes conclusiones que estimo se encuentran vigentes:

- Constituye un conjunto de normas que pertenece preponderantemente al derecho público;
- Tiene como objeto la regulación de la intervención del Estado en la economía;
- Tiene también como objeto la regulación de la intervención de otros agentes económicos, principalmente las empresas, en la economía;
- Es evidente que el derecho económico sigue teniendo vigencia, que goza de muy buena salud, y que, obviamente en cuanto a sus contenidos y proyecciones, no puede ser extraño antes los procesos de privatización y modernización, sin embargo de lo cual, en los últimos tiempos, paradójicamente para el neoliberalismo, se recomienda un curioso proceso dentro del cual se solicita y reclama la acción y presencia del Estado⁷⁰.

⁷⁰ José Vicente Troya Jaramillo, *Naturaleza del Derecho Económico*, en Estudios de Derecho Económico, editor el propio autor. Corporación Editora Nacional, Quito, 1998, p. 29

El derecho económico no es preceptivo. No recomienda, sino simplemente constata la intervención del Estado en la economía. Pueden existir y sobre todo han existido estados de economía planificada; estados de libre mercado, en algunos casos de bárbaro libre mercado, con casi ninguna presencia del Estado, los cuales, de modo semejante a los de economía planificada van en descenso. En la mayor parte de los estados el espacio de la economía se reparte entre el mercado y de suyo la empresa privada y el Estado. Las diferencias se dan en lo que respecta al *quantum* de esa participación. El modelo económico vertido en la constitución económica gira alrededor de esa distribución entre mercado y Estado. Es necesario también tener presente que la intervención del Estado puede darse en diversos planos, principalmente regulando y normativizando o participando en la actividad económica.

Otra perspectiva presenta al Estado como planificador y agente del desarrollo. Ello ha dado pie a que se hable de derecho del desarrollo antes que de derecho económico. Héctor Cuadra señala que el derecho económico atiene a los países desarrollados, en tanto que el derecho del desarrollo corresponde a los otros⁷¹. La importancia que tenga un plan de desarrollo incide en el modelo económico. Para la Constitución de 2008 el Plan Nacional de Desarrollo tiene trascendencia capital. Bien se puede afirmar que el PND define el modelo y el actuar del gobierno. En buena parte la acción pública consiste en aplicar en forma estricta e irrestricta el PND. En el artículo 3 numeral 5 de la Constitución en forma paladina se deja en claro que es obligación del Estado, planificar el

⁷¹ Héctor Cuadra, *Estudios de Derecho Económico*, UNAM, México D. F. 1977 p. 14.

desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir. El derecho del buen vivir, artículos 12 al 15, se despliega en el derecho al agua a la alimentación y al ambiente sano.

Al Régimen de Desarrollo y a la consecuente planificación, dedica la Constitución un Título entero, de los nueve que la integran. En la de 1998 apenas concernían al tema dos artículos. Ello tiene gran significación y comporta un cambio de trascendencia. El espacio público se ha ampliado notoriamente. El artículo 275 de la Constitución establece: *El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.* El artículo 280 se refiere al Plan Nacional de Desarrollo. Lo considera obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores. La disposición dice: *El Plan Nacional de Desarrollo es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado y la inversión y la asignación de los recursos públicos; y coordinar las competencias exclusivas entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados.* Fuera de toda duda, es más allá de evidente que el gasto público se encuentra no sólo unido, sino unido al desarrollo y a la planificación y más concretamente al PND.

Si bien en el modelo de la Constitución del 2008 se ha ampliado significativamente el espacio asignado al Estado, no por ello puede creerse que se ha llegado al modelo de economía planificada. El mercado se encuentra claramente reconocido aunque se procura su regulación. Los numerales 15, 16 y 17 del artículo 66, entre los derechos de libertad, señala el derecho de desarrollar actividades económicas en forma individual o colectiva; el derecho a la libertad de contratación; y el derecho a la libertad de trabajo. Sobre la organización económica, el artículo 283 dice que el sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria. El numeral 8 del artículo 284 prevé la existencia de mercados transparentes y eficientes. Se reconoce el derecho a la propiedad privada junto a la pública, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta que deberá cumplir su función social y ambiental, todo en conformidad con el artículo 321. En conformidad con el artículo 408 son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y en general los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos. Igual ocurre con las áreas cubiertas con el mar territorial y las zonas marítimas, así como con la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico.

Lo que caracteriza a la Constitución del 2008 y la diferencia de la de 1998 es la atribución al Estado de los sectores estratégicos los cuales serán controlados y manejados por él. Se estatuye que podrá al propósito asociarse con el sector privado por medio de empresas públicas en las cuales tenga la mayoría accionaria. También, en forma excepcional, de acuerdo a lo que establezca la ley,

podrá delegar estas actividades a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria. El artículo 313 define los sectores estratégicos. Dice la disposición en su parte pertinente: *Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.- Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.* La posibilidad de que por ley se amplíe el espectro de los sectores estratégicos puede ahondar el modelo trazado hasta límites insospechables.

El modelo adoptado por la nueva Constitución incrementa el espacio de la actividad económica del Estado y reduce de modo severo el espacio de la actividad económica del sector privado. Ello redundará en el incremento notable del gasto público. Es de señalar que en varios casos del Estado para atender la enorme actividad económica que se le ha asignado ha de contar necesariamente con el concurso del sector privado, lo cual modula y matiza de alguna manera el modelo propuesto.

El régimen de desarrollo no supone únicamente el crecimiento económico que se refleja en indicadores macroeconómicos, sino un desarrollo integral que incluye aspectos económicos, sociales, culturales y ambientales; todo en armonía

con la naturaleza. A estos extremos se refiere Nicole Pérez Ruales, quién reconoce que con la Constitución de 2008 se incrementa la intervención del Estado y el correspondiente gasto social.⁷² Dice sobre este último punto: *En Ecuador con la Constitución de 2008 se incrementa la intervención del estado en esta última tendencia, en la que el gasto social es elevado y el estado juega un papel importante en la economía regulando y generando políticas que buscan eliminar prácticas de competencia desleal o abuso de posición de dominio de mercado*⁷³.

3. El gasto público dentro del estado social de derecho y de la economía social de mercado.

El Estado social de derecho, el modelo económico que comporta y el gasto público son cuestiones que tienen entre sí estrecha relación. La economía social de mercado tiene también relación con tales cuestiones. El artículo 1 de la Constitución del Ecuador de 1998 expresa que el Ecuador es un Estado social de derecho el cual contrasta con el simple Estado de derecho. Según Horn el Estado de derecho se basa en la idea de que la sociedad civil se basta a sí mismo y que a lo más requiere la protección del Estado. El autor señala: *El principio del Estado*

⁷² Vale la pena aclarar que las regiones que están concebidas en la Constitución se deberán conformar a través del procedimiento señalado en el Código Orgánico de organización territorial autonomía y descentralización que pese a estar vigente desde su publicación en el RO. 303 del 19 de octubre de 2010, no se han conformado puesto que el procedimiento es arduo complejo y requiere a más el cumplimiento de características técnicas para la conformación de la región de un procedimiento que va desde la iniciativa de las provincias, pasando por un proyecto de ley, un proyecto de estatuto, un dictamen de constitucionalidad y finalmente requiere de un pronunciamiento a través de consulta popular. Art.14-16 del COOTAD, motivo por el cual hasta la presente fecha no se han conformado las referidas regiones.

⁷³ Nicole Pérez Ruales, *Hacia un nuevo modelo de desarrollo* en la Constitución del 2008, en el contexto andino, Ministerio de Justicia, Quito, 2001, p. 209.

*de derecho sostenía que el individuo era capaz de desenvolverse libremente en la sociedad, en la medida en que el Estado no interfería en su vida; el principio del Estado social, por el contrario, contenía el reclamo de una mayor intervención del Estado en el orden social en consideración a que el individuo estaba amenazado por las relaciones de poder y dependencia existentes en la sociedad misma*⁷⁴. El autor discierne con mucho acierto sobre las pugnas o antinomias que pueden acaecer entre el Estado de derecho y el Estado social. La Ley fundamental de Alemania en mucho deja a la legislación ordinaria el detallar los temas sociales de preocupación estatal, lo importante es que se deben conciliar ambos órdenes. Cita un pronunciamiento de la Corte Constitucional Federal de Alemania la que se produce en los siguientes términos: *El objetivo básico es promover un bienestar homogéneo en términos generales de todos los ciudadanos y una distribución igualmente uniforme de las cargas entre todos. Existe el ideal de la democracia social bajo la forma de Estado de Derecho*⁷⁵. Para significar las posibles contradicciones entre los requerimientos del Estado social de derecho y las exigencias del Estado social, acude a las expresiones del ex-juez de la Corte Constitucional Federal, Erwin Stein, quién manifiesta: *Trazar los límites no siempre resulta fácil como lo demuestran las siguientes antinomias: autonomía privada y cogestión, libertad y planificación, orden de prioridades, pluralismo de intereses e interés público (salud, educación, cultura, investigación, asistencia social (estatal) y autoayuda, seguro y sistema previsional, subsidios sociales y ayuda familiar o propia, libertad y*

⁷⁴ Wolfgang Horn, *Estado de Derecho y Estado social*, en Estado de Derecho y Democracia, editado por Josef Thesing, 2ª. Edición, Konrad Adenauer, Stiftung A.C., CIEDLA, Buenos Aires 1999, p. 173

⁷⁵ W. Horn, *Ibíd.*, p.174.

*concentración en la prensa y en la economía, política de retenciones y capitalización*⁷⁶. Los derechos tradicionales suponen la no intervención del Estado; en cambio, los sociales reclaman la intervención del Estado y la existencia y disponibilidad de recursos que se traducen en gasto público. La Ley Fundamental de Alemania no contempla singularizados los derechos sociales, lo que si ocurre en Ecuador y en los países de su entorno los cuales se encuentran obligados por el Pacto de San Salvador aunque no constasen esos derechos en sus cartas políticas.

Parecería que en los países que consagran constitucional o internacionalmente los derechos sociales, es más fácil concebir la idea de que los administrados se encuentran protegidos por derechos subjetivos o de plena jurisdicción para hacerlos valer. Simon sin embargo de advertir que el Estado social exige una política redistributiva y planificadora por parte del Estado, reconoce que la idea de la regulación de la política económica y social corresponde al ámbito legislativo y que los avances jurídicos en este ámbito deben conquistarse ante todo en el terreno político, siendo que rara vez pueden ser obtenidos por la vía de la justicia⁷⁷.

Huelga añadir que es indispensable la proyección intergeneracional singularmente en los órdenes ambientales y climáticos, previsionales, culturales y científicos. Los Estados se endeudan y sobre-endeudan, no para gastos

⁷⁶ W. Horn, *Ibíd.*, p. 176.

⁷⁷ Helmut Simon, *Los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de derecho*, en Estado de Derecho y Democracia, Konrad Adenauer, Stiftung, CIEDLA, Buenos Aires 1999, p. 194-195.

extraordinarios cual ocurría en la finanza clásica, sino para gastos de inversión y en casos para gastos de funcionamiento del aparato público. El servicio de la deuda recae sobre futuras generaciones a las cuales por un sentido de equidad se han de proyectar los gastos correspondientes al sostenimiento de derechos sociales. Varios de ellos, por su propia dinámica y naturaleza, se brindan en el presente con proyección al futuro. Estas consideraciones podrían tenerse presentes al momento de responder a la cuestión que se propone Simon en estos términos: *Luego del triunfo mundial de la economía de mercado y el colapso de los modelos antagónicos socialistas, ¿no se manifiesta una mayor necesidad de asegurar el rumbo social y el sentido ecológico de nuestro orden jurídico y social?*⁷⁸

El Estado social de derecho asume la intervención del mismo en la economía. Tal intervención fue propiciada por el sector empresarial en los eventos de crisis, que a más de la de fines de los años veinte, han seguido apareciendo casi en forma cíclica. Producida la intervención, particularmente la de carácter regulatorio, quedó configurada de modo definitivo la existencia de una economía nacional dentro de la cual el Estado ha venido teniendo, en términos relativos, una importancia cada vez mayor. Las afirmaciones de Martín-Retortillo desvelan el fenómeno. Dice: *La intervención del Estado en el sector económico resulta, pues, necesaria no sólo como acción correctora de las disfuncionalidades propias del sistema económico capitalista, sino, básicamente, para la rectificación de una consolidada e injusta situación de acentuada*

⁷⁸ Helmut Simon, *Ibíd.*, p. 196

*desigualdad social*⁷⁹. El autor glosa a E. Forsthoff quién habla del Estado de prestaciones como consecuencia de concebir al Estado social de derecho⁸⁰. Estas prestaciones caracterizan al Estado del bienestar que en veces ha excedido los límites reales de la economía siendo una de las causas más claras de los déficits públicos respecto de los cuales se ha propiciado señalar un límite tolerable común. Inclusive existe una tendencia clara a que en las constituciones se imponga topes máximos de gasto referidos al Producto Interno Bruto, PIB. La existencia de un Estado prestacionista *ad-libitum* es altamente inconveniente inclusive para los propios beneficiarios del gasto social, los cuales pueden entrar en un proceso de desactivación en la espera de recibir todo o casi todo de manos del Estado. Estas consideraciones y en casos constataciones, han dado pie a que se afirme que se ha desencadenado la crisis del Estado social de derecho. En su lugar, particularmente, en los noventa, en muchos lares se impuso el modelo neoliberal que ha pretendido desactivar el Estado social de derecho y sobre todo el de bienestar. La grave crisis general desatada a partir de 2008 constituye un mentis al nuevo modelo y a la reducción de la presencia del Estado. Actualmente se busca salir de la agobiadora crisis y diseñar un modelo que sea exitoso. El Estado social de derecho pervive con diferentes modulaciones. Posiblemente lo sensato es advertir que no existe una sola, sino varias representaciones del Estado social de derecho, de acuerdo con las condiciones y particularidades de cada Estado o región. Los temas del gasto público van paralelos a estas consideraciones. Es obvio que un Estado prestacionista al límite comporta la

⁷⁹ Sebastián Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley S. A., Madrid, 1988, p. 34.

⁸⁰ Sebastián Martín-Retortillo, *Ibíd.*, p. 36.

erogación de ingentes sumas. Podría ser que para ciertos estados de necesidad de la población ello sea lo adecuado.

El caso de México es muy particular. Es el primer país que consagró en la Constitución los derechos sociales. Ello ocurrió en los tempranos meses de 1917, más exactamente en febrero. Posteriormente en Octubre del mismo año se expide la Constitución soviética. La Constitución del Weimar es de agosto de 1919. Ello permite afirmar al estudioso mexicano José Campillo Sáenz: *Toca, pues, a la nuestra, el honor de haber sido la Primera Constitución en el mundo que elevó al rango de derechos fundamentales los derechos sociales*⁸¹. Pero también en particular por el enfoque social que se dio a la intervención del Estado en la economía, el cual es de gran amplitud y concierne a una serie de cuestiones. El artículo 25 contiene un texto muy amplio que cubre varios ángulos atinentes al Estado y la economía y que pone énfasis en dos aspectos la rectoría económica del Estado y el derecho al desarrollo. Los tratadistas mexicanos, ya se ha advertido, antes que del derecho económico que también lo contemplan, hablan del derecho al desarrollo. Por su interés, se transcribe los dos primeros párrafos del artículo indicado: *Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos,*

⁸¹ José Campillo Sáenz, *La Constitución Mexicana y los nuevos derechos sociales*, en *La Constitución Mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*, Editorial Porrúa S. A. México 1985, p. 147.

grupos y clases sociales, cuya seguridad protege la Constitución.-El Estado planeará, coordinará y orientará la actividad económica nacional y llevará a cabo la regulación y el fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

Con la Constitución de 1917 y sus reformas, en México se comenzó a hablar del sistema de economía mixta, de justicia social y principalmente se reconoció la relevancia de los presupuestos del Estado, y su notable incremento, singularmente en comparación con la Constitución de 1857, en la que los presupuestos de ingresos y egresos no tenían mayor relevancia económica⁸². El consecuente incremento del gasto público en los países que adoptaron el modelo de Estado social de derecho u otros similares fue evidente, así como las expectativas de los administrados para obtener las ventajas del Estado de bienestar.

El connotado Profesor mexicano doctor Héctor Fix-Zamudio propone una consideración de gran interés. Reconoce que la Constitución de 1917 puede considerarse como un documento de transición entre el sistema clásico individualista y liberal de la Constitución de 1857 y las tendencias socializadoras posteriores a la segunda postguerra. Además, pone de manifiesto que únicamente con las sucesivas reformas a la Constitución y la modificación de la malla socio-económica del país se arribó al modelo de economía social de derecho o del

⁸² José Sáenz Arroyo, *Los Principios Económicos de la Constitución*, en *La Constitución Mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*, Ibídem, p. 168.

bienestar social⁸³. Las reformas de 1983 del Presidente y tratadista de derecho constitucional Miguel de la Madrid Hurtado⁸⁴ fueron de especial importancia para la consolidación del modelo. Queda una necesaria conclusión, cual es de que el modelo corresponde al estado de desarrollo de un país. El del bienestar social que sigue siendo objeto de impugnación en cuanto supone la participación del Estado en la economía y el incremento notable del gasto público, es más apropiado para los países desarrollados. Sin embargo, ello no quiere decir que no existan modelos aplicables en países en vías de desarrollo que tengan un profundo carácter social. De la Madrid visualiza las circunstancias que se dieron para la modernización de las relaciones entre economía y Estado. Sobre el punto dice: *La creación de los grandes mercados, las imperfecciones de la libre competencia, las tensiones sociales producidas por los nuevos módulos del sistema económico, el surgimiento de nuevas fuerzas e ideologías políticas generadas por la propia democracia liberal, fueron entre otros, elementos que han influido en la modificación sustancial de la concepción de las relaciones economía-Estado*⁸⁵.

La equidad en el gasto público y el régimen de Estado social de derecho no suelen recogerse en los textos constitucionales. Ello no obstante las características del modelo social que entrañan se encuentran frecuentemente en esos textos. En Bolivia, conforme a la Constitución vigente desde 2009 el

⁸³ Héctor Fix-Zamudio, *El Estado Social de Derecho y la Constitución Mexicana*, en Rectoría del Estado y Economía Mixta, ibídem, p. 17 y siguientes.

⁸⁴ Miguel de la Madrid Hurtado, *Estudios de Derecho Constitucional*, Tercera Edición, Editorial Porrúa S. A. México, D. F. 1986.

⁸⁵ Miguel de la Madrid Hurtado, *Ibídem*, p. 18.

modelo económico pluralista se sustenta en una economía social y comunitaria que complementa el interés particular con el interés social colectivo. El artículo 306 V señala que el Estado deberá asegurar el desarrollo mediante redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo. El artículo 321 II dispone que las asignaciones presupuestarias atiendan particularmente a la educación, a la salud, a la vivienda, a la alimentación y al desarrollo productivo, los cuales son gastos de tipo social. De otro lado, son objetivos de la Constitución asegurar la equidad en la distribución y redistribución del producto social en búsqueda del buen vivir. Los gastos que se demande han de ser cubiertos por el Estado a través de la redistribución equitativa de los recursos financieros adquiridos en parte por la contribución de los ciudadanos. Se infiere de lo anteriormente expuesto que en Bolivia el gasto social, en forma similar a lo que ocurre en Colombia, tiene un tratamiento preferente en búsqueda de la equidad social.

La Constitución del Perú de 1999, en el artículo 58, proclama que la iniciativa privada es libre y que se la ejerce en una economía social de mercado. Señala que el Estado se obliga a orientar el desarrollo del país y a actuar principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación seguridad, servicio público e infraestructura. El artículo 77 se refiere a la equidad en el presupuesto y a la necesidad de manejarlo con eficiencia respecto de necesidades sociales básicas. Además incluye la descentralización.

Ramón Martín Mateo sustenta que la Constitución de España corresponde al modelo que habitualmente se califica como Estado Social de Derecho, Economía Mixta o Social de Mercado. Alude al artículo 1º que expresa: España se constituye en una Estado Social de Derecho. Se refiere a los valores individuales como la propiedad privada, la libertad de empresa y al pluralismo económico; y, a los postulados sociales dentro de los cuales destaca que la riqueza se encuentra subordinada al interés general, lo que sirve de basamento y legitimación de las intervenciones públicas en la economía inclusive respecto del funcionamiento de la empresa. Dentro de esos postulados señala que el reconocimiento del derecho de propiedad se complementa con su función social. Alude a la dinámica de la igualdad que propicia la Constitución que se soporta en el funcionamiento de mecanismos que garanticen la solidaridad entre regiones y grupos sociales. Previo a ello es partidario de reconocer que todas las Constituciones consagran un sistema económico que suele oscilar entre posicionamientos económicos antagónicos. Aborda este punto y dice:

Es indudable que al menos en sus pronunciamientos capitales todas las Constituciones sancionan y consagran un determinado sistema económico, lo que es, desde luego, válido para los posicionamientos antagónicos de la socialización integral de la producción versus el abstencionismo estatal, pero no hay razón alguna para defender que no se pueda definir a este nivel opciones intermedias, con consecuencias jurídicas inmediatas que delimiten los perfiles preponderantes del

*protagonismo estatal y los márgenes operativos e institucionales reservados a los operadores privados*⁸⁶.

Se ha ponderado en sumo grado el modelo económico de la República Federativa del Brasil y los logros alcanzados en el combate a la extrema pobreza. Se sustenta de qué se trata de un modelo peculiar exitoso. Queda antes anotado que dentro del Estado social de derecho caben muchos matices. El artículo 170 de la Constitución concierne al orden económico el cual debe asegurar a todos una existencia digna de acuerdo con los dictados de la justicia social. A este efecto prosigue la norma que deben observarse los principios de soberanía nacional, propiedad privada, función social de la propiedad, libre concurrencia, defensa del consumidor, defensa del medio ambiente, reducción de desigualdades regionales y sociales, busca del pleno empleo y tratamiento favorable a las empresas brasileñas de capital nacional de pequeño porte. Bien puede afirmarse que el modelo persigue el bienestar social e inclusive la solidaridad, es claramente de economía de mercado y supone para el cumplimiento de algunos propósitos la participación del Estado. El artículo 163 libra a una ley complementaria, entre otros rubros, el atinente a las finanzas públicas. Se da un cierto grado de desconstitucionalización de este ámbito, incluyendo al gasto público. Sin embargo existen reconocimientos de que la política económica se ha concentrado en beneficiar el gasto dirigido a sectores sociales necesitados de

⁸⁶ Ramón Martín Mateo, *Derecho Público de la Economía*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Editorial CEURA, Madrid 1985, p. 27 y siguientes.

asistencia pública, cuales son los de salud, seguridad social, educación⁸⁷. Esta posición particular de Brasil obedece a su desarrollo histórico constitucional en el que aparecen diferentes factores que explican una confrontación entre liberalismo, democracia y aspiraciones populares claramente anotados por Ruy Mauro Marini⁸⁸. El gasto social tiene una preferente fundamentación en la ley. Desde ese plano, no parece desde el constitucional, es que cabría pensar en una acción de los beneficiarios para su debida ejecución.

El Estado social de derecho y de la economía social de mercado deriva en el Estado de Bienestar que ha de contar con ingentes recursos. Ante la imposibilidad de obtenerlos en los montantes requeridos y ante la discusión siempre viva de que el sector público no administra debidamente los recursos incurriéndose en déficit e inflación, se ha discutido la viabilidad misma del modelo. La publicación el Estado de Bienestar Sostenible recoge los trabajos y conclusiones sobre esta temática⁸⁹. Entre las Conclusiones del Simposio cabe destacar las siguientes: Entre los ponentes, el consenso fue muy amplio: el Estado de Bienestar actual es insostenible. Las razones que avalan esta afirmación son abundantes y complementarias. En consecuencia, la problemática no se centra sólo en el diagnóstico sino en la búsqueda de soluciones y alternativas para alcanzar el Estado de Bienestar Sostenible. Respecto de tópicos puntuales se propone algunas críticas y a la par soluciones. Así en la protección

⁸⁷ Vilmar E. Faria, *Reformas institucionales y coordinación gubernamental en la política de protección social de Brasil*, CEPAL, División de Desarrollo Social, Santiago de Chile 2003, p. 8.

⁸⁸ Ruy Mauro Marini, *Liberalismo y democracia, La revisión constitucional en Brasil*, Archivo de Ruy Mauro Marini, con la anotación “1994-Para Instituto Mora, Silvia Dutrenit”.

⁸⁹ Antonio Fernández Texidó, Alba Cabañas Varales, proponentes de las Conclusiones, del trabajo *El Estado de Bienestar Sostenible*, Ediciones Gestió 2000, S.A. Barcelona, España.

del desempleo debe reemplazar el mero traspaso de las rentas a los desempleados, ofreciendo posibilidades de formación e información del mercado laboral. Sobre el sistema de pensiones jubilares se aboga por la implantación al menos complementaria del sistema privado de cuentas individuales. En cuanto a la sanidad o salud, según la terminología imperante en estos lares, se propicia el derecho de elección de servicios, la transparencia y el copago de los particulares para desentivar los gastos superfluos. Se admite el acudir a la educación privada. Quienes así optan tendrían derecho al retorno de parte de sus impuestos.

Pese a que ha decurrido más de una década, especialmente a partir de la crisis de 2008, las problemáticas y las posibles soluciones son recurrentes. Se ha propuesto, no sin oposición, el co-pago en los servicios sanitarios. Igual, en lo referente a los subsidios por desempleo se insiste en la reingeniería de los cesantes. La interrogante, no fácil de contestar, concierne al derecho de los administrados para exigir al Estado de Bienestar la provisión de subsidios y servicios pese a la difícil situación presupuestaria y pese a la crisis.

4. El gasto público dentro del estado constitucional de derechos y justicia.

El Ecuador conforme el artículo 1 de la Constitución Política es un Estado constitucional de derechos y de justicia, lo cual implica una transición tanto ideológica como estructural-orgánica del aparato estatal, puesto que su predecesora vigente desde 1998 hasta el 2008 encasillaba al Ecuador como un Estado social de derecho. El cambio que en apariencia es semántico implica una

transformación de magnitudes insospechadas, puesto que traslada al Ecuador de la primacía del legalismo a un modelo neoconstitucional garantista, construido sobre la base doctrinaria de que todo derecho es justiciable.

Aprobada mediante referéndum la Constitución que rige a partir del 20 de octubre de 2008 entraña un modelo diverso denominado constitucional de derechos y justicia, dentro del cual se proclama la aplicación directa de la Constitución, y se explica dentro de la propuesta que forma parte del enfoque denominado neoconstitucionalismo y en casos neoconstitucionalismo transformador. Huelga necesario explicar en qué consiste y cómo puede influir en el gasto público. En el país desde hace pocos años se ha venido cultivando esta corriente de pensamiento que se ha expresado en publicaciones de libros y comentarios del texto constitucional que recogen la doctrina de los autores más destacados sobre la materia. Destaca el libro que nos sirve de pauta del Profesor Ramiro Ávila Santamaría⁹⁰.

El neoconstitucionalismo surge como una respuesta complicada a las corrientes neoliberales que han desfigurado el Estado social de derecho. En palabra de Bauman citado por Ávila Michelena, *el lado negativo de la globalización se caracteriza por el individualismo, por el miedo y la ansiedad; el neoliberalismo ha convertido a las personas en consumidoras, ha privatizado los servicios públicos y ha asaltado el Estado social*⁹¹. Ávila sustenta que el Derecho

⁹⁰ Ramiro Ávila Michelena, *El Neoconstitucionalismo Transformador*, ABYA YALA, Universidad Politécnica Salesiana, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Quito, 2011.

⁹¹ Ramiro Ávila M., *Ibíd.*

y el Estado colonial del siglo XXI están en crisis porque no puede dar respuesta a la exclusión, a la marginación y a la discriminación. Proclama que pervive un neocolonialismo económico en el siglo XXI continuador de épocas pretéritas aparentemente sobrepasadas. Continúa manifestando que el Estado y el derecho carecen de legitimidad en cuanto invisibilizan o valoran en forma degradante otras manifestaciones organizativas y jurídicas.

El objeto de la ciencia jurídica en cuanto se limita al análisis de las normas positivas, legales y constitucionales, se desplaza hacia varios sistemas jurídicos, el nacional, el regional y el universal. El neoconstitucionalismo en contraste suma dos métodos a los tradicionales, la ponderación y el teleológico. En América Latina presenta características propias: la expansión de los derechos; el control constitucional por parte de todos los jueces; el redimensionamiento del Estado; el constitucionalismo económico encaminado a la equidad y el híper presidencialismo. Los tres últimos Ítems tienen que ver con la equidad y el incremento del gasto público y concitan a la constante del derecho de los administrados frente a ellos y su justiciabilidad sin perjuicio de la aplicación directa de la Constitución.

En lo que atañe al Ecuador, la Constitución de 1998, según quedó advertido, determinó que el Estado es social de derecho; en la Constitución de 2008 es constitucional de derechos y de justicia. El cambio supone un decurso del Estado legal al constitucional. En éste último la Constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura del

poder. La Constitución es material, orgánica y procedimental. Además es norma jurídica de directa aplicación por cualquier persona, autoridad o juez. Es de señalar que la Corte Constitucional, no el Parlamento, es el máximo intérprete de la Constitución.

En el Estado de derecho el poder está sometido al sistema jurisdiccional, formalmente a la Constitución; en el Estado de derechos, todo poder público y privado están sometidos a los derechos y proyectan dos perspectivas la pluralidad jurídica y la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. La pluralidad jurídica rebasa o complementa la ley y la Constitución y diversifica las fuentes. Bajo esa consideración la Corte Constitucional crea precedentes obligatorios constitucionales, la Corte Nacional de Justicia crea precedentes obligatorios legales; las instancias internacionales dictan precedentes en ese orden; el ejecutivo emite políticas públicas con valor semejante al de la ley a través de actos administrativos de carácter general y obligatorio denominados actos normativos; la comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones; e, inclusive la moral tiene relevancia en la comprensión de los textos jurídicos. El Estado constitucional reconoce esos derechos.

De acuerdo con Patricio Pazmiño Freire el neoconstitucionalismo garantista en el cual estamos inmersos es una ideología, una teoría jurídica y una praxis social que busca establecer a los derechos fundamentales, como el eje central del sistema jurídico, y como sustento de fundamentación y legitimidad

del Estado. Para ello, coloca a la Constitución como nuevo orden de valores que deja atrás su función formal para convertirse en la norma orientadora y en el fundamento de la convivencia ciudadana de nuestros días. El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho, sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo, incluidos) a la Constitución y apelando a la constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir, que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social⁹².

El nuevo modelo estatal que de acuerdo con Juan Montaña Pinto cuyos rasgos característicos son la garantía real de los derechos de las personas, a través de un sistema de justicia eficaz, independiente y especializada; y la metamorfosis del rol de los jueces, que asumen un papel esencial en el proceso de creación del derecho⁹³. Todo ello implica que si bien el Ecuador como Estado social de derecho sometía a los particulares y al propio Estado a la norma, ahora con el nuevo Estado constitucional de derechos y de justicia somete al propio Estado a los derechos y garantías de los particulares, siendo el Estado el instrumento para su efectiva verificación a través de la aplicación directa de la Constitución y sobre todo aplicando los mecanismos en ella contenidos.

⁹² Patricio Pazmiño Freire, *Desafíos Constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau Editores, Ministerio de Justicia, 2008, Quito. Pg. 12

⁹³ Juan Montaña Pinto “La función judicial y la justicia indígena en la nueva constitución ecuatoriana”, en *Desafíos Constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau Editores, Ministerio de Justicia, 2008, Quito. Pg. 191.

El neoconstitucionalismo ha sido impugnado en el país. Uno de los que destaca por su posición adversa es el Profesor Fabián Corral quién expresa con frecuencia sus puntos de vista en el diario El Comercio. En la edición de 6 de octubre de 2011 argumenta en contra de la declaración constitucional vigente de que el Ecuador es un Estado de derechos y de justicia⁹⁴. Señala que con este predicado, distinto al de la Constitución de 1998 que consigna que Ecuador es un Estado de derecho se ha abdicado de la legalidad y se ha dado paso a la discrecionalidad. Habría que clarificar que la nueva posición privilegia la Constitución frente a la ley; que entroniza la aplicación directa de la Constitución y que en los tiempos que corren a menester reformular el tema que concierne a las fuentes. Obviamente el punto de partida de cada una de esas formas de entender parten de supuestos diferentes. La postura legalista o mejor dicho juricista se basa en el postulado que la ciencia jurídica es autosuficiente, y que no se encuentra condicionada y relacionada con la realidad no jurídica y las ciencias sociales. El neoconstitucionalismo, al contrario, contempla al derecho en armonía con las ciencias sociales, y obviamente cercano a la realidad y a los derechos. En este punto se observa que la defensa de la ley como sustento del poder es un óbice para que el juez coadyuve al desarrollo del derecho mediante la jurisprudencia y sobre todo mediante la expedición de precedentes obligatorios. Sin embargo ha de reconocerse de que la discusión existe y que se trata de dos posiciones encontradas. El neoconstitucionalismo, que al decir del Profesor Ávila tiene el carácter de transformador, tiene un largo camino que recorrer y

⁹⁴ Fabián Corral B. *Estado de derechos y de justicia*, Diario El Comercio, Quito, 6 de octubre de 2011.

posiblemente deberá seguirse amoldando paulatinamente a la realidad y a las circunstancias que sigan surgiendo. Lo que está fuera de duda es que los nuevos postulados entrañan una mayor presencia del Estado y de suyo un mayor gasto público.

El neoconstitucionalismo que tiene como enseña la proclama de que *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia* vertida en el artículo 1 de la Constitución, como bien ya se ha mencionado en ocasiones anteriores, no se agota con ese enunciado, siendo necesario penetrar en otros y variados aspectos constitucionales que confirman tal carácter. Al propósito se han producido ponencias y estudios entre los cuales es oportuno señalar el de Marco Aparicio Wilhemi Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Gerona⁹⁵. El autor reconoce el peso que los derechos tienen en la Constitución, los cuales no son un mero listado sino *un renovador discurso de los derechos*, dentro del cual *existe una obstinada determinación de asegurar la efectividad* de los mismos, entre los cuales destacan algo prácticamente inédito los derechos al agua y al hábitat⁹⁶. Así mismo, es inédito el capítulo que concierne a los derechos de la naturaleza. Destaca la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones que vulneren los derechos o de modo regresivo menoscaben los ya reconocidos. A más de este principio de no regresividad el autor destaca la intervención del

⁹⁵ Marco Aparicio Wilhemi, *Derechos: enunciación y principios de aplicación*, en Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, Editores, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Quito, 2008.

⁹⁶ Marco Aparicio Wilhemi, *Ibíd.*, pp. 19-20.

Estado en propiciar las condiciones que coadyuvan a la efectividad de los derechos.

En lo referente a la parte económica de la Constitución y muy particularmente en relación a las finanzas públicas, cabe mencionar que el modelo garantista imperante, no llega en lo económico, al modelo de Estado de economía planificada propio de los regímenes comunistas y estatizantes que actualmente aplican pocos países, constatándose que inclusive los más fieles observantes de sus términos, se encuentran en un proceso de mutación hacia prácticas, que en modesta medida, permiten la iniciativa privada y la acción del mercado.

En ese sentido, merece la pena señalar que el gasto público está destinado a la satisfacción de las necesidades del Estado, y dentro de ellas se encuentran unas de carácter prioritario, tales como son salud, educación, y otras de similar naturaleza que concuerdan con lo relativo al gasto público social; en esa medida, estos derechos deben ser ubicados dentro de una categoría particular. Se trata, en forma general, de derechos fundamentales en cuyo caso queda por ver cuál es el mecanismo apropiado de garantía y protección que permita su directa aplicación.

En esa medida la Constitución ecuatoriana se constituye como el primer mecanismo de protección tanto de los beneficiarios del gasto público como de los contribuyentes que aportan para el soporte de dicho gasto. Sin embargo, este prometedor panorama no es claro en cuanto a los mecanismos y acciones

aplicables para el reconocimiento de los derechos y garantías a proteger, por lo que resulta necesario, en primer lugar desentrañar la naturaleza del Estado garantista, el nuevo rol del juez constitucional ecuatoriano, para luego descender en el tema, es decir la debida forma en que tales derechos han de verificarse.

Sobre el rol de los jueces dentro del Estado constitucional de derechos y de justicia, el papel primordial lo ostenta el juez constitucional, ya que si bien todo juez en cualesquier rama jurídica deberá aplicar en forma directa lo dispuesto en la Constitución y pese a que cumplidos los requisitos legales previstos para el caso, hay formación de verdadera jurisprudencia; con el nuevo modelo estatal y conforme la evidente reestructuración del sistema de fuentes del derecho, claramente se denota la importancia del juez constitucional, que es quien a través de sus sentencias, sienta precedentes de carácter vinculante para todas las instancias y en todos los casos que siendo de similar naturaleza, puedan encontrar sustento para la aplicación de derechos y garantías; y, los fallos constitucionales son de cumplimiento obligatorio y ejercen efecto en todos los niveles tanto de la función judicial como de instancias administrativas; su rol se puede decir se magnifica, si tomamos en cuenta que en su labor está facultado para darle valor a los derechos y ponderar entre ellos cuando se encontraren en conflicto, para determinar cuál es el más importante. Para el caso que nos ocupa, el juez constitucional podría en su momento ponderar entre la importancia del interés colectivo de todos los ciudadanos tutelados por el Estado, o entre el interés de los particulares beneficiarios del gasto público. Llegado el caso el juez constitucional puede llegar a convertirse en el instrumento que garantice los

derechos de los cuales se encuentran asistidos los beneficiarios del gasto público, sobre todo de aquel mencionado como prioritario o social.

Sobre la interpretación que condicione los derechos al orden económico, el ya mencionado autor Wilhemi reconoce que según el artículo 11 numeral tercero de la Constitución no se da paso a la misma. Se expresa de este modo: *Con ello se cierra el paso a toda interpretación que busque derivar la efectividad de algunos de los derechos consagrados a su posterior configuración legal, amparándose en razones de disponibilidad económica o de respeto a la discrecionalidad del legislador a la hora de configurar el contenido amparado por los derechos “declarados” en el texto constitucional*⁹⁷. Alude a los derechos implícitos reconocidos en la Constitución del Ecuador cuando se derivan con claridad de los valores y principios contenidos en ella. Además de la ponderación de intereses en juego cuando existe conflicto entre derechos, menciona el principio de progresividad por el cual se concibe a los derechos como expectativas perfectibles en el tiempo y susceptibles de permanente actualización y optimización. El predicado de la igualdad ante los derechos, inclusive las medidas de acción afirmativa dan un alcance insospechado a los mismos. Todo lo expuesto suma y suma e incide en el potencial gasto público que connota la cabal aplicación de un sistema garantista y generoso, a la par que indudablemente equitativo y noble. La Constitución está construida de tal modo que los titulares de los derechos puedan perseguir su cumplimiento. Este orden y el que mira más

⁹⁷ Marco Aparicio Wilhelmi, *Ibíd.*, p. 27.

puntualmente a los derechos subjetivos o de plena jurisdicción será materia de un análisis posterior.

Tema conexo con lo que se viene tratando es el de la exigibilidad y de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Más se ha discurrecido respecto de estos puntos sobre los derechos políticos y civiles. Abramovich y Courtis reflexionan sobre estos extremos⁹⁸. Igualmente, tiene singular importancia para Ecuador, la obra *La protección judicial de los derechos sociales*, de varios autores, aparecida en el 2009, con posterioridad a la expedición de la Constitución del Ecuador de 2008, cuyos editores son los profesores Christian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría⁹⁹. Los primeros afirman con rotundidad las obligaciones concretas de los estados respecto de los derechos económicos sociales y culturales y la justiciabilidad de los mismos. Proclaman al inicio de su obra: *La intención de este trabajo es demostrar que la adopción de normas constitucionales o de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales genera obligaciones concretas al Estado: que –asumiendo sus particularidades- muchas de estas obligaciones resultan exigibles judicialmente, y que el Estado no puede justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política*¹⁰⁰. Aseveran que esos derechos obligan al Estado a brindar prestaciones positivas:

⁹⁸ Víctor Abramovich; Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid 2002.

⁹⁹ Christian Courtis, Ramiro Ávila Santamaría, *La protección judicial de los derechos sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito, 2009.

¹⁰⁰ Abramovich; Courtis, *Ibidem*, p.20.

proveer servicios de salud, asegurar la educación, sostener el patrimonio cultural y artístico de la comunidad. Es lo que denomina servicios prestacionales. Subrayan que el cumplimiento de esas funciones reclama obligaciones positivas, caracterizadas por la erogación de recursos y no la mera abstención del Estado. Esta caracterización es de suma importancia para el gasto público. Insisten en que a mayor diferencia entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales estriba en que estos últimos contempla obligaciones de hacer. Siguiendo al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los estudiosos diferencian entre obligaciones de respeto, obligaciones de protección y obligaciones de satisfacción y reconocen *que el Estado puede cumplir con su obligación proveyendo de servicios a la población, sea en forma exclusiva, sea a través de formas de cobertura mixta que incluyan, además de un aporte estatal, regulaciones e las que ciertas personas privadas se vean afectadas a través de restricciones, limitaciones y obligaciones, sin perjuicio de lo cual los derechos en cuestión se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales*¹⁰¹. Cabe concluir que el gasto público para satisfacer estos derechos puede ser compartido, con lo cual, la carga financiera no cae exclusivamente en el Estado. Lo que no se puede obviar es que el propio Estado sea quién asuma la responsabilidad de que las prestaciones se den ya sea a su cargo, ya al de otros agentes. De allí que *la justiciabilidad, a decir de los autores citado se ha de entender como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones del derecho*. En el mismo tenor prosiguen Abramovich y Courtis y señalan que la

¹⁰¹ Abramovich; Courtis, *Ibíd*em, p 35-36.

justiciabilidad de los derechos de la referencia, tiene límites. Ello es equitativo y realista. Dicen sobre el punto: *Es evidente que a condición de justiciabilidad requiere identificar obligaciones mínimas de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales y éste es quizá el principal déficit del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en la formulación de las normas que consagran los derechos, cuanto en la elaboración de los órganos nacionales e internacionales encargados de la aplicación de cláusulas constitucionales o de tratados, y en los escasos aportes doctrinarios al respecto*¹⁰². Los indicados estudiosos afirman que la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales respecto del Estado, puede ser directa cuando es claramente determinable e indirecta cuando la tutela del derecho social se logra mediante la invocación de otros derechos, generalmente la no discriminación. Sobre la directa, se producen en los siguientes términos: *Cuando la conducta exigible del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales resulta claramente determinable, no existe impedimento teórico para considerar que esos derechos son exigibles directamente por la vía judicial, bien a partir del reclamo individual, bien a través de la articulación de un reclamo colectivo. En los casos en que la violación de la obligación estatal resulte clara, y la conducta debida por el Estado para reparar la violación pueda señalarse sin dificultad, las acciones judiciales deben estar dirigidas a obtener del Estado la realización de la conducta debida para reparar la violación del derecho, del mismo modo que frente a la violación de cualquier*

¹⁰² Abramovich; Courtis, *Ibidem*, p. 38-39.

*derecho civil o político*¹⁰³. Posteriormente, al tratar de varios de los derechos fundamentales, se hará referencia a algunos casos que recogen los autores, en los cuales se verifica la responsabilidad directa.

Corti se adscribe decididamente a las nuevas corrientes de cómo entender la constitución y el derecho, que se resumen en el neoconstitucionalismo, y aplica sus postulados al mundo del derecho financiero público. En el sumario de su estudio monográfico coloca el tema en las palabras de Peter Haberle y Roberts Alexi, en los siguientes términos:- “*¿Deben los derechos fundamentales darse sólo en la medida de la capacidad de prestaciones económicas del Estado, o el Estado debe ser prestacional en la medida en que reseñan sus derechos fundamentales?*”. (Haberle). “*Los derechos fundamentales pueden tener más peso que las razones de política financiera*”. (Alexi). Como consecuencia, y en referencia la práctica jurídica internacional, se refiere a varios de los principios que los regulan. Destaca el atinente al contenido mínimo indispensable, respecto del cual manifiesta:

Todos los derechos tienen un contenido mínimo que debe ser asegurado por los Estados con independencia de los recursos disponibles. Al contenido mínimo le corresponde una obligación mínima que no depende de decisión jurídica (así legal) o material del Estado. De acuerdo a los referidos Principios “un Estado incurre en una violación del Pacto cuando no cumple lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y

¹⁰³ Abramovich; Courtis, *Ibíd*em, p. 132-133.

Culturales denomina “una obligación mínima esencial de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos [...] Por ejemplo incurre prima facie en una violación del Pacto del Estado Parte en el cual un número significativo de personas se ven privadas de alimentos esenciales, atención básica de salud, habitación y vivienda mínima o las formas básicas de enseñanza”, Estas obligaciones mínimas esenciales son aplicables independiente de la disponibilidad de recursos en el país de que se trate o cualquier otro factor o dificultad.

Es decisiva la aclaración siguiente, que explicita la cuestión presupuestaria y que expresa el principio de la primacía de los derechos sobre las razones presupuestarias: “la escasez de recursos no exime a os Estados de ciertas obligaciones mínimas esenciales en la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales”¹⁰⁴.

Sobre la exigibilidad Corti alude a la Declaración de Quito, según la cual, todos los derechos son judicialmente exigibles, lo que significa que donde hay un derecho hay un remedio jurisdiccional. Posteriormente se hará referencia a este significativo instrumento.

¹⁰⁴ Horario Corti, *La “naturaleza” de la ley de presupuesto hacia un nuevo paradigma jurídico-financiero*, en *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario*, Estudios en homenaje a Andrea Amatucci, Volumen III *, Temis S. A.- Jovene Editore, Bogotá-Napoli, p. 284.

Capítulo III

1. La relación jurídica del gasto público. 2. Recursos y acciones. 2.1 Beneficiarios del gasto público 2.2. Sistemas administrativos y jurisdiccionales de solución de conflictos sobre el gasto público. 2.3. Acciones y recursos en contra de actos administrativos. 2.3.1. La vía administrativa. 2.3.2. Justicia especializada. 2.4. Derechos de los particulares frente al gasto público. 2.4.1. Preasignaciones del gasto público previstas en el presupuesto. 2.4.2. Naturaleza jurídica del presupuesto. 2.4.3. Acciones constitucionales individuales o colectivas. 2.4.3.1. Preasignaciones para los gobiernos autónomos descentralizados. 2.4.3.2. Preasignaciones para la salud. 2.4.3.3. Preasignaciones para la educación. 2.4.3.4 Preasignaciones para la vivienda. 2.4.3.5. Los derechos de la naturaleza en relación al gasto público. 2.4.3.6. Jurisprudencia relevante. 2.4.3.7 Reparaciones y costas por daños a cargo del Estado. 2.4.3.8. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Reino de España. 2.5 La concepción de Estado ecuatoriano sobre la función del gasto público y la ejecución presupuestaria.

1. La relación jurídica del gasto público.

La primera y fundamental cuestión que ha de afrontarse es si respecto del gasto público cabe sustentar la existencia de una relación jurídica que vincule al Estado con los administrados o en general con los particulares. Sirve de

antecedente el enunciado de que el Estado está obligado a gastar. La discrecionalidad de no hacerlo debe estar prevista y no constituye la regla general. Esto lleva a reconocer que existen destinatarios del gasto con derecho a que éste se efectúe. Sin embargo es necesario diferenciar dos planos. En el primero, dentro del orden presupuestario, las erogaciones se realizan previa justificación y entonces ocurren casos en los cuales los proveedores de bienes y servicios al Estado, son verdaderos acreedores, cuyo título se basa no en ser administrados sino proveedores, al caso particulares. En el segundo plano aparecen los administrados con derecho a exigir la realización del gasto y el Estado con la obligación de efectuarlo. Singularmente esto último comporta la existencia de una relación jurídica cuya existencia no es de fácil recibo. La existencia de la relación jurídica del gasto público habría que definirla, referirse a su naturaleza, a sus características, a su alcance respecto de la totalidad o sólo de una parte del gasto público, a los sujetos, al objeto, y a la extinción. Sería un ciclo de temas que a groso modo, recorre los caminos de la relación jurídica tributaria y de la obligación tributaria su contenido principal. Garrido Falla en su obra Tratado de Derecho Administrativo define a la relación jurídica y señala que puede definirse como aquella que se da entre dos sujetos de Derecho cuando la situación de poder en que se encuentra uno de ellos se corresponde necesariamente con una situación actualizada de deber de otro¹⁰⁵. El autor aclara a pie página y reconoce paladinamente su forma de pensar al expresar: *De esta forma nos incluimos entre los que mantienen un concepto estricto de relación*

¹⁰⁵ Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda, Herminio Losada González, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen Decimocuarto Edición, TECNOS, Madrid, 2005 p.517-518.

jurídica, al entender que la situación de deber ha de estar actualizada, lo que le distingue de los simples deberes genéricos que solo se convierten en obligaciones concretas mediante un acto de ejercicio por parte del titular de la situación correlativa de poder. Remarca su criterio y sustenta que las situaciones jurídicas que entre sí quedan entrelazadas, mediante el concepto de relación jurídica son las conocidas con los nombres de derecho subjetivo y obligación. La existencia de una relación jurídica como la referida, que es de tenor general en la órbita del derecho administrativo, facilita aceptar la existencia de la relación jurídica del gasto público.

Bayona de Perogordo glosa a Sainz de Bujanda, y se refiere a las diferentes perspectivas del gasto público. Una de ellas considera a la potestad atribuida a la autoridad en esta materia, sin perjuicio de lo cual ello no impide que existan relaciones entre determinadas autoridades y los particulares¹⁰⁶. Entonces la obligación del Estado se correspondería con un derecho de crédito a favor del particular. Esta posición no distingue con claridad la relación jurídica de derecho privado propia de los acreedores por ser proveedores de bienes y servicios, de la relación jurídica de derecho público que corresponde a los beneficiarios de servicios y obras públicas que deben ser soportados con gasto público.

¹⁰⁶ Juan José Bayona de Perogordo, *Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos*, el Presupuesto y Gasto Público No. 2 1979, p. 68-70.

*Salvatore Buscema entiende que el gasto público, al igual que ocurre con el tributo, debe construirse sobre la base de concepciones de carácter obligacional. A su juicio existiría una relación jurídica entre la generalidad de los contribuyentes y el Estado, de contenido inverso a la que se establece en el ámbito del derecho tributario, quedando patente de este modo la conexión entre ambos aspectos de la actividad financiera a través de su relación de correspondencia*¹⁰⁷. Lo que diferencia a esta relación con la de carácter tributario, estriba en el hecho de que esta última se traba no con la generalidad de los contribuyentes, sino con cada uno de ellos en forma singular.

Tempranamente, en 1971, en la Nueva Enciclopedia Jurídica. consta la invalorable disertación del Profesor José Luis Pérez de Ayala sobre la relación jurídica de gasto público¹⁰⁸. El tratadista da razón de que entre los pocos autores que han afrontado el tema está Gustavo Ingresso, quién afirma que dicha relación encuentra su origen en los actos de ordenación del gasto por el servicio u órgano administrativo competente.¹⁰⁹ Pérez de Ayala glosa a Ingresso y sustenta que semejante relación abarca varios supuestos: la ley; los hechos o actos a los que se vincula, el nacimiento del derecho de crédito contra la Administración, ya por la ley, ya por un acto administrativo general; un acto administrativo específico; un acto administrativo bilateral. Al tenor de lo que queda expuesto podría entenderse

¹⁰⁷ Salvatore Buscema, *La contabilità pubblica, natura e limite*, 1967; *Il bilancio de lo Stato*, Giuffrè, Milano 1972, citado por Amparo Navarro Faure, en *El concepto de poder financiero en una hacienda globalizada*, en *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario*, Estudios en honor de Andrea Amatucci, Volumen III*, Editorial Temis S. A. Jovene Editores, Bogotá Napoli, 2011, p. 126

¹⁰⁸ José Luis Pérez de Ayala, *Gastos Públicos*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Editorial Francisco Seix, TOMO X, Barcelona 1971, p. 582-593.

¹⁰⁹ Gustavo Ingresso, *Diritto Finanziario*, Editoriale Eugene Jovene, Napoli, 1954, p. 718.

que los tres primeros casos corresponden a la relación jurídica de derecho público, en tanto que el último correspondería a la relación jurídica de derecho privado. Es indudable que la propuesta de una relación jurídica de gasto público surge enriquecida y viable de aceptar las importantes reflexiones del doctor Pérez de Ayala. Habría de considerarse que el mérito del tratadista es aún mayor, si se tiene presente que su disertación es anterior a la Constitución de España de 1978 que implanta el principio de la equidad en el gasto público con el cual sale reforzada la proposición que acepta la relación jurídica aludida.

El orden presupuestario se cumple con autorizar los gastos y por ello las normas constitucionales y legales que lo sustentan, se resume en la presentación de la proforma por el Ejecutivo, en la aprobación del Legislativo y en la ya dicha autorización y ejecución del gasto. Los créditos autorizados por el presupuesto tienen únicamente validez formal; no hieren la legitimidad del gasto, el título por el que se lo efectúa, el derecho de parte beneficiaria de la erogación y el deber de la parte que debe realizarla. Podría ampliarse el cometido del derecho presupuestario a toda la temática mencionada, o en su defecto, proponer la existencia del derecho del gasto público diferenciado del derecho presupuestario. La posibilidad de lo segundo es objeto de esta disertación.

Manuel González Sánchez¹¹⁰, Profesor de la Universidad de Salamanca, en su trabajo monográfico, adhiere a la teoría que propicia la existencia de la

¹¹⁰ Manuel González Sánchez, *La relación jurídica del gasto público*, en Presupuesto y Gasto Público, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Núm. 1.

relación jurídica del gasto público. Distingue entre el objeto de la relación y el de la obligación. Al intento señala: *La relación del gasto se referiría a la ordenación del gasto y su hecho generador debería situarse en el plano del propósito de la Administración, que haría viable la contratación del mismo, mientras que la obligación del gasto tendría su hecho generador en la propia contratación del gasto y comprendería la liquidación y ordenación del pago*¹¹¹. El autor establece que la relación jurídica tributaria y la del gasto han de apoyarse en la teoría general de la relación jurídica; que la del gasto se integra por una relación de crédito en la cual se encuentran o más sujetos titulares de derechos y obligaciones; que se vierte en una relación intersubjetiva de crédito; que es una relación de derecho público. Afirma certeramente que no se debe confundir la relación jurídica del gasto público con los hechos o negocios que puedan originarla. Es sugestivo constatar que González Sánchez encuentra paralelismo entre la siempre clásica y siempre renovada relación jurídica tributaria y la relación jurídica del gasto público, lo que facilita la hipotización de esta última. Sobre las obligaciones del Estado asevera que pueden nacer de la ley, del contrato, de los actos administrativos, de las acciones u omisiones ilícitas. En suma, reitera que son fuente del gasto la ley y los negocios jurídicos. Es oportuno poner de presente que en el caso de la relación jurídica tributaria la fuente es sustancialmente la ley. He ahí una diferencia importante que habrá de tenerse presente para penetrar en la naturaleza de la relación jurídica del gasto público.

¹¹¹ Manuel González Sánchez, *Ibíd.*, p. 151.

Alejandro Menéndez Moreno reflexiona sobre la relación jurídica del gasto público y sobre la función financiera del gasto público que son enfoques que podrían considerarse excluyentes para explicar la naturaleza jurídica del gasto público¹¹². Sobre la relación jurídica dice que sería el vínculo obligacional que surge entre la Administración y otro sujeto de derecho con ocasión de la realización de un gasto público. Afirma que la Ley de Presupuestos sería la fuente del gasto público en tanto que la causa o el título jurídico serían la ley, la sentencia, el contrato y otros. Así como existe el derecho tributario como parte destacada del derecho de los ingresos, el derecho del gasto público sería aquella parcela del ordenamiento jurídico que disciplina lo concerniente a la fuente jurídica del gasto público. Entonces, podría afirmarse que constituye una parte destacada del derecho presupuestario o que pueda subsumirse en él. La existencia del derecho de los ingresos como un todo único es más que discutible por la variopinta naturaleza de los mismos. No es posible juntar en un solo haz a los tributos y a los ingresos patrimoniales sujetos por antonomasia a regímenes jurídicos diversos. Lo propio cabe señalar de otros ingresos como los que provienen del endeudamiento. En el fondo no es posible reunir el mundo de la unilateralidad con el de la bilateralidad.

La función financiera del gasto público subraya que el gasto no siempre tiene como antecedente el pago de deudas preexistentes. Tal ocurre, se señala en los casos de gastos de fomento y subvenciones. De allí se deriva a sustentar que

¹¹² Alejandro Menéndez Moreno, *Derecho Financiero y Tributario*, Lecciones de Cátedra, 2ª. Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 425-429

no tiene cabida la figura de la relación jurídica del gasto público. Aún más, se proclama que las normas del gasto público no son de carácter material, ni sirven de asidero a derechos subjetivos. Al contrario, se dice, son normas de acción o instrumentales dirigidas a regular el ejercicio de una función pública la cual da lugar a un procedimiento administrativo o de ejecución, en el que el particular sólo tiene un interés legítimo no un derecho subjetivo. Por ello, se prosigue, debe hablarse de función financiera del gasto público y no de una relación jurídica del gasto público. Para reiterar esta posición se manifiesta que el estudio de la ordenación del gasto público se debe efectuar, resaltando, sobre todo, el empleo efectivo de las partidas presupuestarias, más que las obligaciones y cargas que el gasto público implica para el ente público. Se remata diciendo el Derecho de los gastos públicos en estricto sentido se equipara al Derecho presupuestario. Menéndez Moreno termina aceptado esa postura y en sus Lecciones consecutivas, desde el ángulo jurídico, trata del presupuesto y de las cuestiones que generalmente atienen al mismo. Surge del discurso de la función financiera una interrogante de importancia, cual es el discernir si existe una disciplina sobre las obligaciones y cargas del gasto público, punto que si bien se lo reconoce, pasa a tener una importancia subalterna.

La posición que defiende la función financiera del gasto público no es tan extrema como que podría creerse y sirve para modular la que adhiere a la de la relación jurídica del gasto público. En efecto, según queda dicho, consiente en la existencia del tópico de las obligaciones y cargas del gasto público y a tiempo puntualiza qué rubros no se explican dentro de la relación jurídica del gasto

público. Ello lleva a pensar que no todo el gasto público cabe incluir en la relación jurídica. Entonces habría que efectuar una discriminación del gasto público de acuerdo a su causa u origen. De todos modos, se entiende que, con limitaciones, es viable la hipótesis de la relación jurídica del gasto público cuyos elementos principales es necesario afrontar.

La posición de Bayona de Perogordo aludida por Menéndez Moreno¹¹³ cabría tenérsela como conciliadora entre la relación jurídica del gasto público y la función económica del gasto público. El autor señala que existen tres perspectivas para el análisis del gasto público, cuales son el conjunto de las necesidades públicas, los fondos públicos que se requiere para su satisfacción y el procedimiento de la satisfacción misma de ellas. Precisa que no es posible identificar el derecho de los gastos públicos con el derecho presupuestario, debiéndose en primer término, en la parte general, estudiar las normas inclusive las constitucionales; luego estudiar la potestad del gasto público y las posiciones jurídicas de los distintos sujetos que intervienen en el procedimiento del gasto público; posteriormente la ordenación material del gasto público que comprende la determinación de las necesidades públicas, a la asunción de las correspondiente obligaciones y a la fase del cumplimiento de las mismas previa su consignación en el presupuesto. Las proposiciones de Perogordo llevan al estudio del gasto público frente a las necesidades públicas, punto de singular importancia, pues, el grado de urgencia de las mismas puede ser muy disímil. Inclusive, es factible que en algunos casos el gasto público se erogue en

¹¹³ Alejandro Menéndez Moreno, *Ibíd.*, p. 427 y 428.

propósitos que en estricto sentido no se los puede calificar como necesidades públicas.

Martínez Giner en un estudio aparecido en el 2011 afronta las teorías jurídicas explicativas del gasto público, cuales son las de la relación jurídica y de la función financiera. Considera que la primera le asigna un papel intersubjetivo, en tanto que a la segunda una visión funcional. Manifiesta: *La primera teoría parte de la relación jurídica como elementos conceptual para explicar la vertiente de gasto del fenómeno financiero mientras que la teoría de la función financiera del gasto público utiliza el concepto de poder o potestad-función como clave de la bóveda jurídica de su concepción del gasto público*¹¹⁴. La sustancia de la teoría de la relación jurídica del gasto público la desvela en cuanto la relación jurídica y obligacional surge y se desenvuelve a partir del momento en que la Administración compromete las cantidades consignadas en el presupuesto. Termina Martínez Giner por proclamar que no son excluyentes, sino que al contrario deben coordinarse, las proposiciones de relación jurídica y función pública del mismo.

Posiblemente lo más importante de las reflexiones de Martínez Giner, son sus reflexiones respecto de la incidencia de las medidas contra la crisis económica en el gasto público y puntualmente, la incidencia de la crisis en los planteamientos jurídicos sobre el gasto público. En el nuevo escenario se ha

¹¹⁴ Luis Alfonso Martínez Giner, *Crisis económica y gasto público, una reflexión jurídica*, en Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario, Estudios en honor a Andrea Amatucci, Volumen III *, Temis S.A.-Jovene Editores, Bogotá-Napoli, p. 365.

incrementado en forma creciente la intervención del Estado el cual aporta significativos recursos al sistema económico y se convierte en sostenedor del sistema financiero. Respecto de los principios justicia en materia de gasto público y de sostenibilidad presupuestaria, se pregunta válidamente, *si el destino de importantes cantidades fondos para el sostenimiento del sistema financiero supone una asignación equitativa de recursos públicos frente a otras necesidades sociales*¹¹⁵. Reitera Martínez su posición citando a Cortéz Domínguez, de este modo: *“no he leído en ningún sitio cuándo el gasto es justo y cuando es injusto, y este es el problema capital que tiene hoy el derecho financiero; mientras que ese problema no se resuelva, no habrá derecho financiero, habrá más o menos unos estudios formales sobre el control del gasto, sobre la relación jurídica del gasto público pero ese derecho carecerá de base fundamental”*¹¹⁶.

El dilema se torna dramático, se ha de preferir el apoyo al sistema financiero, la reducción del déficit o la satisfacción de las necesidades fundamentales entre las cuales destacan las que configuran el estado de bienestar, dicho de otra manera, el que satisface las exigencias que dimanar de la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, tan francamente aceptados en la órbita latinoamericana. Posteriormente se discurrirá sobre el tema, el cual, sin duda presenta perfiles extremos en tiempos de fronda y de crisis. Con todo y ello, al menos es de aceptar lo que asienta el autor, que en aras

¹¹⁵ Luis Alfonso Martínez Giner, *Ibíd.*, p. 375.

¹¹⁶ Luis Alfonso Martínez Giner, *Ibíd.*, p. 375.

de la equidad deben ser, se ha de entender las correspondientes necesidades, deben ser garantizadas en un nivel siquiera mínimo. Estos asertos cobran un sentido de urgencia, en la medida que los beneficiarios de esos derechos estén facultados para reclamar judicialmente sus derechos. Como colofón Martínez Giner resume y dice:

En definitiva, en momentos de crisis económica, queda reforzado el papel del principio de justicia en materia de gasto público, es decir, resulta más conveniente escoger de manera cuidadosa las necesidades públicas que han de ser satisfechas por los poderes públicos. La existencia de recursos públicos más limitados obliga a seleccionar, de la manera más equitativa, el destino de aquellos para conseguir priorizar los gastos que resulten más justos por ser más necesarios¹¹⁷.

Existen sujetos activos y sujetos pasivos en la relación jurídica del gasto público. Los segundos son entes públicos que erogan el gasto. No es pensable que entidades privadas beneficiarias del gasto, en la medida que se encuentren en la obligación de emplear en diferentes destinos o designios los fondos recibidos, puedan adquirir la condición de sujetos pasivos. La relación que entonces surja entre estas entidades privadas y quienes en último término sean los que obtienen provecho del gasto, no es de gasto público, ni cabe sustentar que se operaría un caso de sustitución o subrogación. Los sujetos pasivos, siempre corporaciones públicas, no actúan libremente y a su arbitrio, sino previo el cumplimiento de los

¹¹⁷ Luis Alfonso Martínez Giner, *Ibíd.*, p. 379.

trámites presupuestarios. Podría que estén facultados expresamente para ejercitar una cierta discrecionalidad. De todas maneras se encuentran sujetos a los preceptos concernientes a la gestión presupuestaria y a la previa previsión, proposición, intervención, autorización y justificación del gasto a realizar¹¹⁸. Los temas de la competencia y de la representación van ínsitos en la medida que los sujetos pasivos en su actuar han de ajustarse a tales exigencias jurídicas. La nulidad de los correspondientes actos administrativos que podría devenir por omisiones referentes a esos extremos ha de ser analizada y resuelta por el derecho administrativo. El ciclo incluye el control ulterior del gasto público. Las contralorías o los tribunales de cuentas pueden prever un control previo o posterior al gasto o conjugar ambos procesos. A más de los administrativos pueden ocurrir controles judiciales y político-constitucionales. Sobre el punto González Sánchez expresa: *El proceder de los órganos administrativos competentes en materia de gasto público se halla sujeto a una fiscalización e intervención de carácter administrativo, sin perjuicio del correspondiente control parlamentario y jurisdiccional a la que se halla sujeta la relación jurídica del gasto público*¹¹⁹.

El objeto de la relación jurídica del gasto público es la prestación debida por la Administración, la cual es de carácter pecuniario. En forma semejante a lo que ocurre con la relación jurídica tributaria, pueden acompañar a la prestación principal otras de carácter accesorio. No es pensable que la prestación sea de

¹¹⁸ José Luis Pérez de Ayala, *Ibídem*, p. 585.

¹¹⁹ Manuel González Sánchez, *Ibídem*, p. 164.

hacer como ocurriría si existe un compromiso de efectuar una obra o servicio públicos. Tal compromiso, frente al gasto se resume en la necesaria erogación del numerario. De lo contrario la exigencia de cumplimiento de la obra o servicio tendría cariz político más no jurídico. En suma, se trataría de una dación dineraria cuya causa, fuente u origen serían de variado jaez. En primer y sobresaliente término esta la ley. Ella es con frecuencia fuente del gasto público. No necesariamente la ley presupuestaria que anualmente consigna y operativiza el gasto público y que consigue una suerte de legitimación del mismo. En la aplicación de la ley se fundamentan los beneficiarios del gasto público para exigir su satisfacción. La ley por su naturaleza es un predicamento general que abarca a todos los administrados y particulares que puedan potencialmente cobijarse bajo su amparo. Es más, en varios casos, el obrar de la ley respecto del gasto público, se apalanca en normas constitucionales, e inclusive, bien podría ocurrir, en instrumentos internacionales que prevén su realización. Se ha de añadir que de acuerdo al neoconstitucionalismo ya imperante en varios lares, el gasto público tiene su fuente en la aplicación directa de normas constitucionales. Con alguna frecuencia en ellas se estatuyen propósitos de gasto con la precisión de porcentajes referidos al presupuesto total que han de erogarse para lograr determinadas finalidades, generalmente para aquellas de carácter esencial como la seguridad interna y externa, la educación, la salud, la justicia, las cuales en su conjunto tienden a integrar el estado de bienestar, hoy, dentro del neoconstitucionalismo, el buen vivir. Los actos administrativos tan profusa e insistentemente estudiados por el derecho administrativo, *per se*, no son causa, origen o fundamento de la prestación pecuniaria. Sirven para reconocer su

existencia y su exigibilidad. En el diario trajinar muestran gran presencia; son imprescindibles, pero no por ello se ha de desconocer que se sustentan en normas o contratos. Su función suele ser declarativa no constitutiva de la prestación. Junto a los actos administrativos yacen los procedimientos administrativos del gasto público o de cualquier otro ámbito, cuya naturaleza no difiere de la que es propia de los actos administrativos. Así lo reconoce Bandeira de Melo, quién sustenta que: *Procedimiento administrativo o proceso administrativo es una sucesión secuencial y encadenada de actos administrativos que tienen todos, a un resultado final y conclusivo.* Continúa el autor y dice: *Esto significa que para que exista el procedimiento o proceso debe haber una secuencia de actos vinculados entre sí, es decir, organizados en una ordenada sucesión con el objeto de alcanzar el acto final, en vista del cual se compuso esa cadena, sin perjuicio, sin embargo, de que cada uno de los actos integrados en este conjunto conserve su propia identidad funcional que autoriza reconocer en ellos lo que los autores califican como “autonomía relativa”¹²⁰.* Son aplicables, por tanto, a los procedimientos administrativos, los señalamientos aludidos, atinentes a los actos administrativos. Los actos administrativos y los procedimientos administrativos que sirven de sustento secundario de la prestación pecuniaria en que se resume el gasto público son impugnables ante la propia administración y justiciables ante los jueces. Las resoluciones que al acaso expida la propia administración frente a reclamaciones y recursos que enderecen los sujetos activos de la relación jurídica del gasto público y la sentencias que al propósito

¹²⁰ Celso Antonio Bandeira de Melo, *Curso de Derecho Administrativo*, Primera Edición en Español, Editorial Porrúa, México D. F. p. 424

emitan los jueces no alteran los conceptos antes consignados, vale decir, se reitera, no tienen efecto creativo de la prestación pecuniaria, sino, únicamente declarativo. En función de los actos administrativos, de los procedimientos administrativos, de las resoluciones administrativas y de los fallos judiciales, es propicio pensar que respecto de la relación jurídica del gasto público y de la prestación pecuniaria en la que se subsume, cabría inclusive el ejercicio de acciones o recursos subjetivos o de plena jurisdicción en contra de tales actos, procedimientos, resoluciones y fallos.

El Estado y en general los entes públicos demandan cada vez con mayor ahínco la provisión de bienes y servicios. Aún más compran bienes inmuebles, medios de transporte e inclusive empresas. Los contratos que sirven a este efecto suelen ser la compraventa, la permuta, la dación en pago. Dentro del mismo temperamento se sirven del fideicomiso, del *joint venture*, del arrendamiento, etc. Tiene importancia sobresaliente el contrato de suministro, y por qué no el *e-commerce*. El alcance que tenga la contratación depende del modelo económico que se haya adoptado. Mientras hay más Estado hay menos provisión de bienes y servicios por parte del mercado. Y no solo es de referirse al Estado empresario o no, sino al Estado que incluya en su quehacer un amplio abanico de cometidos a más de los tradicionales que miran a la seguridad interna y externa, a la salud y a la justicia. Los nuevos cometidos se han tornado necesarios. Entre ellos la seguridad social, las políticas medioambientales y climáticas, las políticas de prevención de riesgos. Después de las dos guerras mundiales el Estado asumió servicios públicos que antes correspondían al sector privado. Aún en los estados

liberales que privilegian al mercado, su órbita de acción se ha agrandado. Puede haberse exagerado y por eso se ha criticado al estado denominado obeso y al señalado como ogro filantrópico. De todos modos el gasto público a través de la contratación ha alcanzado niveles de importancia. Los montantes que se prevé en los presupuestos son más que significativos. De todo ello se infiere que el contrato es una de las fuentes gravitantes de la relación jurídica del gasto público y de la prestación pecuniaria. La contratación pública se sustenta en la bilateralidad; no en la unilateralidad que supondría el predominio del Estado y de los entes públicos. Las figuras contractuales podrían considerarse como civiles o mercantiles o tal vez preferiblemente especiales, en las cuales tienen importancia grande la voluntad de las partes, mas, por sobre todo la tiene el interés público que sirve de peña al servicio público, de tal manera que gran parte del clausulado contractual que en casos cabría señalarse como exorbitante frente a lo que suele acontecer en la contratación privada, se encuentra predefinido y lo que hay que acordar es relativamente poco. Lo que da mayor enjundia a las prestaciones pecuniarias derivadas del mundo bilateral, no es tanto el entorno material o sustantivo, cual el de índole procesal. En efecto si se considera que la contratación que efectúa el Estado es de índole administrativa lo que da pie a la existencia de la figura conocida como contrato administrativo, los conflictos y diferencias ínter partes, han de proseguirse ante los tribunales contencioso administrativos y no ante la justicia ordinaria. Se daría el predominio del derecho público sobre el derecho privado en la contratación. En Ecuador, luego de que por mucho tiempo los conflictos en contratos con el Estado eran conocidos por

los jueces civiles, quienes forman parte de la justicia ordinaria, se definió que los mismos sean de competencia de los tribunales contencioso administrativos

La naturaleza de la obligación del gasto público tiene un diferente origen según se trate de las que se afincan en la ley o en el contrato. A pesar de ello, en lo referente al fondo, es decir a la existencia de una parte acreedora y otra deudora, no se encuentra diferencias fundamentales. Así lo reconoce Pérez de Ayala, quién asevera: *Establecido todo lo anterior, pierde interés e importancia el problema de si la obligación de gasto público es legal o contractual*¹²¹. El antecedente de esta afirmación atiene a la disquisición de si la obligación del gasto público se rige por el derecho público o por el derecho privado. El tema del nacimiento y exigibilidad de las obligaciones pecuniarias del gasto público, da asidero a que surjan diferencias entre las de carácter legal y las de carácter contractual. Las últimas resuelven el nacimiento y exigibilidad en base a las cláusulas contractuales, que según queda consignado, en gran parte son impuestas por el Estado y aceptadas por los contratantes. No obstante, no se debe dejar de tomar nota que, por lo general, estos contratos, suelen ser bilaterales en la medida que ambas partes contraen obligaciones, conmutativos, pues dichas obligaciones se mira como equivalentes, y onerosas, ya que ambas partes sufren desmedro en su patrimonio. El nacimiento y exigibilidad de esas mismas obligaciones cuando se fincan en la ley se encuentra resuelto por las propias normas o por los actos y procedimientos administrativos emitidos en actuación de ellas. La materialidad del fenómeno ha de estar prevista en el presupuesto,

¹²¹ José Luis Pérez de Ayala, *Ibíd.*, p.585.

instrumento del que habrá de desprenderse el nacimiento y la exigibilidad de las obligaciones del gasto público. Entonces las situaciones serán muy variadas. Hay partidas de gasto que se han de cumplir automáticamente como el pago de sueldos y salarios, subvenciones a determinados grupos poblacionales, pensiones jubilares, asignaciones a las diferentes entidades autónomas o autonómicas en los países que cuentan con regiones. Otro cúmulo de gastos suele requerir una suerte de juzgamiento-examen de la administración cuyos pronunciamientos, cumplidos los requisitos previstos en cada caso, da origen, no al nacimiento de la obligación que ella ya existe por el reconocimiento presupuestario, pero sí a su exigibilidad en beneficio del sujeto activo de la obligación del gasto público. El problema de la iliquidez de las cajas públicas no debería incidir en el derecho de los sujetos activos de la obligación a quienes se les debería resarcir en caso de mora.

La existencia de un hecho generador de la obligación del gasto público como ocurre con la obligación tributaria acepta Manuel González Sánchez, cuyo discurso se sigue en esta parte¹²². El autor apunta que: El presupuesto de hecho es el elemento generador de la relación jurídica del gasto público. Considera como gasto, las exenciones, bonificaciones, desgravaciones y otras similares y señala que, en opinión de algunos autores, la contracción del gasto público constituye el hecho generador de la obligación del gasto público. Proclama que los presupuestos de hecho que generan la relación jurídica del gasto público deben hallarse tipificados en la ley y al intento se apoya en el artículo 134 número 4 de la Constitución Española que a la letra dispone: *Las administraciones públicas*

¹²² Manuel González Sánchez, *Ibíd.*, p. 160 y siguientes.

sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes e inclusive se muestra partidario de la existencia de una Ley General del Gasto Público. El artículo 299 de la Constitución del Ecuador estatuye que, La ley establecerá los mecanismos de acreditación y pagos así como a inversión de recursos financieros. Este aserto puede considerarse como un reconocimiento del principio de legalidad en el gasto público. El artículo 135 confirma lateralmente el predicado al establecer que sólo el Presidente de la República puede presentar proyectos de ley que incrementen el gasto público. El caso Bolivia es interesante. A más del consabido régimen que libra al Ejecutivo presentar la proforma presupuestaria y al Legislativo dar su aprobación, establece, en conformidad al artículo 321 numeral II de la Constitución que: *La determinación del gasto y de la inversión pública tendrá lugar por medio de mecanismos de participación ciudadana y de planificación técnica y ejecutiva estatal.*

La relación jurídica del gasto público se extingue de modo similar a lo que ocurre en el derecho común. Habría primero que analizar si se extingue la relación o la obligación. Manuel González Sánchez, concorde con lo consignado antes, y siguiendo los postulados de Narciso Amorós, diferencia entre los dos extremos, es decir, entre la relación del gasto y la obligación del gasto. Al propósito manifiesta: La relación del gasto se referiría a la ordenación del gasto y su hecho generador debería situarse en el plano del propósito del gasto de la Administración, que haría viables la contracción del mismo, mientras que la obligación del gasto tendría su hecho generador en la propia contracción del

gasto y comprendería la liquidación y ordenación del gasto¹²³. En el fuero tributario, para este efecto, cercano al orden financiero del gasto público, se ha avanzado la propuesta de la existencia de la relación jurídica tributaria que explica los mutuos deberes y obligaciones que surgen entre el Estado y los entes públicos, a través de las administraciones nacionales, seccionales y de excepción y los administrados, ya sujetos pasivos, ya terceros, con ocasión de la aplicación de los tributos. Se ha proclamado que el principal contenido de esa relación es la obligación tributaria que se resume en la prestación pecuniaria. Otros contenidos denominados generalmente como obligaciones formales, colman la relación jurídica tributaria. Esta explicación si se quiere básica, corresponde a los clásicos quienes sostenían que la obligación tributaria nace cuando respecto de un particular se cumple el hecho generador previsto en la ley, el cual se encuentra constituido por un indicio de capacidad contributiva juridificado. Un exponente de esta doctrina es Albert Hensel¹²⁴. La construcción de Ataliba innova la visión clásica. La misma se basa en la hipótesis de incidencia según la cual la norma jurídica, y también la tributaria contiene tres elementos, a saber, la hipótesis, el mandato y la sanción. La hipótesis es el supuesto descrito en la norma, la previsión de hechos que pueden ocurrir. El mandato es la orden de observar una conducta determinada para el evento de que se cumpla la hipótesis. La sanción se produce ante e incumplimiento del mandato. El autor introduce una diferenciación no tan clara en la doctrina clásica, entre hipótesis de incidencia tributaria o descripción legal del supuesto y el hecho imponible en sí mismo, El

¹²³ Manuel González Sánchez, *Ibidem*, p. 131.

¹²⁴ Albert Hensel, *Diritto Tributario*, Dott. A Giuffré

efectivamente ocurrido, en un determinado lugar y un tiempo¹²⁵. Pérez de Ayala y González desarrollan una teoría sólida y crítica de la doctrina clásica. Comienzan por afirmar que el fenómeno tributario debe examinarse tanto desde el punto de vista estático, según ha ocurrido al estudiarse la relación jurídica tributaria, cuanto desde el punto de vista dinámico, debiendo estudiarse la formación y extinción de las situaciones jurídicas que devienen en la realización del hecho imponible, y no únicamente la obligación tributaria y el derecho de crédito que le corresponde. Esta nueva doctrina asegura que de la realización del hecho imponible, no surge inmediatamente un derecho de crédito a favor del Estado. Dicen los autores: *De la realización del hecho imponible no nace inmediatamente un derecho de crédito al tributo, a favor del Estado, sino un comportamiento legalmente debido a cargo del contribuyente, impuesto por la ley, y a favor del Estado, que debe calificarse no como una obligación propiamente dicha del administrado, sino un deber jurídico particular frente al cual no existe un derecho subjetivo del Estado*¹²⁶. Es necesario analizar si estas hipotizaciones de Hensel por la doctrina clásica, de Ataliba y de Pérez de Ayala y González, propias del derecho tributario, pueden servir como insumos para traspolarlos a la relación jurídica del gasto público.

El pago o solución efectiva de la obligación atañe también al gasto público. Lo reconoce paladinamente González Sánchez, que dice: *El pago que realiza la Administración pública no tiene otro significado que el cumplimiento*

¹²⁵ Geraldo Ataliba, *Hipótesis de incidencia tributaria*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1977

¹²⁶ José Luis Pérez de Ayala, Eusebio González García, *Curso de Derecho Tributario* (1), EDERSA, Madrid, 1975.

*de una relación jurídica del gasto público, que genera un derecho a favor de un acreedor y la consiguiente obligación a cargo de la Administración*¹²⁷. De qué acciones o recursos se encuentra provisto el posible beneficiario del pago para que se reconozca su existencia y luego se lo efectivice es punto trascendente que será afrontado oportunamente. La compensación concierne también a la obligación de gasto público. Al efecto debe estar prevista en ley, la cual normalmente la da paso cuando se trata de créditos de similar categoría. Un caso de compensación es el previsto por el artículo 52 del Código Orgánico Tributario del Ecuador, cuyo texto es como sigue: *de igual manera con créditos de un contribuyente contra el mismo sujeto activo, por títulos distintos del tributario reconocidos en acto* Art. 52.- *Deudas tributarias y créditos no tributarios.- Las deudas tributarias se compensarán administrativo firme o por sentencia ejecutoriada dictada por órgano jurisdiccional.* Podría darse la condonación o remisión de la obligación de gasto público. A ese propósito el beneficiario debería ostentar capacidad jurídica para proceder. En el trasfondo económico se trataría de una donación que podría requerir autorización judicial. El Código Civil del Ecuador exige que el juez o el notario, autoricen una donación que exceda de los ochocientos dólares americanos¹²⁸ a cuyo efecto se ha de demostrar que, luego de la donación, se tienen bienes suficientes para la congrua sustentación. Singularmente respecto de los gastos públicos fundados en la bilateralidad, se da cabida a acuerdos y transacciones que comporten la renuncia potencial de derechos, en conformidad a leyes que lo permitan. En el ámbito

¹²⁷ Manuel González Sánchez, *Ibíd*em, p.161.

¹²⁸ Conforme lo dispuesto en el artículo 1417 del Código Civil ecuatoriano codificado y publicado en el Suplemento del Registro N° 46 Oficial del 24 de junio del 2005.

tributario se ha abierto tímidamente el talante transaccional, permitiéndosele en casos excepcionales, sobre cuestiones de hecho que no sean de fácil discernimiento. Los principios de legalidad y de indisponibilidad de la obligación tributaria se han blandido, posiblemente con tintes exagerados, en contra de acuerdos y transacciones en ese ámbito. La prescripción de la relación jurídica del gasto público y concretamente de la obligación y de la prestación en que se subsume, son de relativamente fácil recibo. Beneficia a los sujetos activos, los cuales de ordinario son particulares. Si son otros entes públicos los beneficiarios, que en el fondo recibirían transferencias, a menos que hayan sido prestadores de bienes y servicios, no fluye tan fácilmente la figura de la prescripción, Antaño en el entorno tributario se sostuvo que la obligación tributaria era imprescriptible, pues, sus producidos debían alimentar necesariamente los presupuestos. Ogaño, y desde hace tiempo ya, tal posición se volvió insostenible particularmente por razones de fácil administración. El caso de las aportaciones individuales, de los empleadores y del Estado a la seguridad social es peculiar, pues, tales sumas en base de cálculos actuariales que señalan lo que posteriormente deberá satisfacerse a las nuevas generaciones, por jubilaciones, atención de salud, cesantías y más, deben en teoría, forzosamente ser satisfechas. En el caso no opera la prescripción. En tratándose del gasto público es razonable sostener que es aplicable la prescripción, salvo casos particulares como el de las transferencias entre entidades públicas u otros que sean de similar naturaleza, puntualmente el ya dicho de las aportaciones estatales al sistema de seguridad social, mutual y obligatorio en los que las prestaciones de gasto público tendrían el carácter de imprescriptibles. En forma conclusiva ha de afirmarse que lo que prescribe es la

prestación pecuniaria de gasto público, ya la obligación, ya la acción para exigir su cumplimiento.

2. Recursos y acciones.

2.1 Beneficiarios del gasto público.

Beneficiarios del gasto público, administrados frente a los actos administrativos, contratistas proveedores de bienes y servicios, con relación a los derechos que dimanen del propio contrato, y entidades públicas que reciben transferencias de fondos públicos, son titulares de recursos y acciones a fin de hacer valer sus derechos. Entonces se debe como primera cuestión examinar la existencia de esos derechos. Contestar estas cuestiones y otras conexas, supone discriminar las diferentes clases de gastos públicos, a la par que diferenciar entre administrados, contratistas y entidades beneficiarias del gasto público. Además supone adentrarse en la temática que sea pertinente a estos extremos, que básicamente la encontraremos en el derecho público constitucional, en el derecho público administrativo, en el derecho de la contratación pública, en el derecho presupuestario y en el derecho financiero público.

Se ha de entender, en este caso, por administrados, a todos los sujetos beneficiarios del gasto público, sean personas naturales o jurídicas, excluyéndose a los contratistas y a las entidades que reciben subvenciones y asignaciones. Los administrados tocados por actos administrativos, en este caso concernientes al

gasto público, tienen la alternativa de impugnarlos acudiendo a la vía administrativa, es decir ante la propia administración productora de los actos y a la vía judicial que tiene como cometido el control de las actuaciones de las administraciones frente a casos singulares. Al intento, los administrados, han de proponer los recursos y acciones que corresponda en defensa de sus intereses legítimos. Puede ocurrir que se trate de gastos públicos que a favor de administrados deben erogarse y que ni siquiera han sido presupuestados. Entonces, caben recursos y acciones tendentes a que se cumplan los mismos, a cuyo efecto, los administrados actuarían aisladamente o de consuno con otros administrados.

Sobre los gastos que se encuentran presupuestados, deben, en último término emitirse los actos administrativos que reconozcan el pago y dispongan la entrega de las sumas correspondientes a beneficiarios. En contra de esa falta de reconocimiento traducida en actos administrativos procede los recursos y acciones del perjudicado. Marienhoff¹²⁹ señala varios principios rectores de la materia: que las objeciones al acto administrativo pueden responder a su injusticia o inconveniencia o a su ilegitimidad, así como respecto a su legitimidad y oportunidad; que quién se encuentra legitimado para promover las objeciones debe ser titular del derecho pertinente o de un interés legítimo; que la interposición del recurso constituye una colaboración para la eficacia administrativa; que los actos administrativos deben tener la denominación

¹²⁹ Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Quinta edición actualizada, Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 653 y siguientes.

correspondiente a su naturaleza y no la que le atribuyan erróneamente las partes. El autor conceptúa que la existencia de recursos administrativos es evidente aunque no existiesen normas de sustento. Discurre sobre la naturaleza de las resoluciones con las cuales las administraciones atienden las peticiones, reclamaciones y recursos de los administrados y se inclina por su carácter jurisdiccional. En Ecuador se diferencia claramente entre la vía administrativa que decurre ante la propia administración y que no es forzosa y la vía jurisdiccional que se prosigue ante jueces especializados. Esto último en guarda del principio constitucional de que todo acto administrativo es justiciable¹³⁰. No se ha dado asidero en el país a la postura que acepta que sea la propia administración la que juzgue sus actos, en base al sistema conocido como de justicia retenida, o el de autotutela, el cual ha sido objeto de preocupación por la doctrina¹³¹. Ha terminado por prevalecer, aún en aquellos países que dan énfasis a la vía administrativa, la necesidad de un ulterior control judicial¹³². En el estudio referido en la nota se da razón de los diferentes sistemas de justicia tributaria, lo cual es también aplicable al fuero administrativo, particularmente en Ecuador.

El punto medular estriba en analizar si los administrados se encuentran o no facultados, según antes se ha consignado, para proponer recursos y acciones

¹³⁰ El artículo 173 de la Constitución dice: *Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado, podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.*

¹³¹ Eduardo García de Enterría; Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Duodécima Edición, THOMSON-CIVITAS, Madrid 2005, p. 528 y siguientes.

¹³² José Vicente Troya Jaramillo, *Justicia ordinaria, justicia especializada y justicia arbitral en materia tributaria en el Ecuador*, en Jornadas por los 50 años del Sistema Especializado de Justicia Tributaria en el Ecuador, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Quito, 2011, p 105.

cuya finalidad sea la de obtener que determinados rubros de gasto consten en el presupuesto y para obtener la efectiva erogación de los mismos. Para colocar debidamente el tema a menester distinguir entre los diferentes tipos de gasto; señalar si cabe aludir al interés legítimo de los particulares o a la violación de derechos subjetivos o de plena jurisdicción; y, si cabría una proposición conjunta de semejantes remedios. Los planos en los que se deben desarrollar estas cuestiones atañen al ámbito jurídico, no al político, a las normas constitucionales y legales y a la especulación teórica.

Se ha clasificado los gastos públicos en base a variados criterios, particularmente económicos, presupuestarios, administrativos. En el Ítem 2 del Capítulo I, se ha abordado el tema. Hoy es necesario retomarlo en aras a precisar la clasificación de naturaleza jurídica que pueda servir a los particulares para hacer valer sus derechos. a cuyo propósito ha de aludirse a aquellos gastos que no sirven a este propósito. El punto tiene íntima relación con predicados constitucionales que priorizan el gasto, e inclusive los califican de forzosos, y aún más, en algunos casos señalan porcentajes de gasto para determinadas finalidades. El derecho del gasto público gira alrededor de esos predicados.

El caso de Colombia, ya mencionado, tiene importancia. La Constitución en el artículo consagra la importancia del gasto social. La norma dice: *La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza según hecha por la ley orgánica respectiva.- Excepto en casos de guerra exterior o por razones de seguridad*

pública, el gasto social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. En la distribución territorial del gasto público social se tendrá en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa, según reglamentación que hará la ley. La existencia del gasto público social, por contrapunto, supone la existencia de una porción de gasto que no tiene ese carácter, siendo lo más importante de distinguir la prioridad del primero sobre el segundo y la posibilidad de los beneficiarios del gasto público social de incoar acciones en contra de las omisiones en que se hubiere incurrido en el caso de, en cumplimiento de la norma constitucional y de la ley, no se hubiese contemplado en el presupuesto la correspondiente partidas. El artículo 366 de la Constitución luce complementario en cuando reza que el bienestar general y la calidad de vida son finalidades sociales del Estado y aquello se contrae a las solución de necesidades insatisfechas en salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

Los contribuyentes en su calidad de tales tienen derecho a que se les cobre las contribuciones en la justa medida establecida por la ley, mas, al propio tiempo, lo tienen para que el gasto se erogue con honestidad, con equidad, con transparencia, y en forma fructuosa¹³³. Estas afirmaciones fueron emitidas a raíz de la expedición de la Constitución del Ecuador del 2008. ¿Cómo los contribuyentes, en este caso los particulares, pueden conseguir que el gasto público cumpla con los propósitos indicados? El artículo 286 califica como

¹³³ José Vicente Troya Jaramillo, El derecho del gasto público, (Con precisiones sobre la Constitución de 2008), Ensayo, Quito.

prioritarios los egresos permanentes para salud, educación y justicia e inclusive se estatuye que pueden ser financiados con ingresos no permanentes. El principio general no permite la existencia de preasignaciones. Excepcionalmente se las considera para los rubros referentes a salud, educación, educación superior, investigación, ciencia, tecnología e innovación, en los términos de ley. Aún más, se dispone que las transferencias correspondientes a preasignaciones serán predecibles y automáticas. El artículo 288, sobre las compras públicas prioriza los productos y servicios nacionales en particular los provenientes de la economía popular y solidaria de las micro, pequeñas y medianas empresas. Los dictados sobre preasignaciones y prioridades indudablemente direccionan el gasto público y permiten pensar que los beneficiarios reales o potenciales se encuentran provistos de remedios jurídicos para hacer valer sus derechos. Los grandes lineamientos de política económica consignados en el artículo 284 de la Constitución, atinentes a la distribución del ingreso y de la riqueza; a incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional; asegurar la soberanía alimentaria; a la promoción de la incorporación del valor agregado dentro de los límites de la naturaleza, de la vida y de la cultura; a lograr el desarrollo el desarrollo equilibrado y la integración entre regiones y entre el campo y la ciudad; a impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo; a mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo; a propiciar el intercambio justo de bienes y servicios en mercados transparentes y eficaces; y, a

impulsar un consumo social y ambientalmente responsable, son postulados de carácter general que sirven de pautas al gobierno y tendrán una ponderación dentro del gasto, según su ideología. Este conjunto de propósitos de política económica forman parte de la política general y no parece que puedan constituir base para que los posibles beneficiarios de las erogaciones enderecen remedios jurídicos que les favorezcan. Igual consideración cabe respecto de los objetivos de política fiscal señalados en el artículo 285 referentes al financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos; a la redistribución del ingreso en base a transferencias, tributos y subsidios; y a la generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables. Ha de señalarse en este punto que la política fiscal es parte de la política económica y que ha de guardar coherencia con ella.

En el mismo sentido, El Régimen de Desarrollo, cuyos objetivos se detallan en el artículo 276 de la Constitución, en cuanto el cumplimiento de los mismos requiera gasto público y la Planificación Participativa consignada en los artículos 279 y 280, no darían lugar a acciones de cumplimiento de gasto por parte de presuntos beneficiarios. El artículo 28 sobre el acceso a la educación garantiza la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente. El artículo 32 sobre la salud garantiza el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de tales servicios, y en consecuencia, se ha de entender los gastos, han de someterse

a la equidad, universalidad y solidaridad. Los artículos 36 y 37, en forma precisa, se refieren a los derechos y a las políticas de protección e inclusión de los mayores adultos, teniéndose como tales a los mayores de sesenta y cinco años. Prevén en su favor, la atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas. El artículo 43 respecto de las mujeres embarazadas, establece la gratuidad de los servicios de salud materna. El artículo 47, sobre las personas con discapacidad, señala que la atención especializada y los medicamentos serán gratuitos. El artículo 50 contempla similar tratamiento a las personas con enfermedades catastróficas. El artículo 72, bajo la rúbrica derecho de restauración, prevé que la naturaleza tiene derecho a ella y que, además, el Estado y las personas naturales y jurídicas deben indemnizar a los individuos y colectivos que dependen de los sistemas naturales afectados. El artículo 110 señala que los partidos políticos recibirán asignaciones del Estado. El artículo 271 consigna una participación de por lo menos el 15% de los recursos permanentes del Estado a favor de los gobiernos autónomos descentralizados. Las disposiciones constitucionales mencionadas se refieren al gasto público que se ha de erogar en favor de administrados y de entes públicos, los cuales en caso de incumplimiento podrían proponer las acciones y recursos que el sistema les franquea.

2.2. Sistemas administrativos y jurisdiccionales de solución de conflictos sobre el gasto público.

Suelen existir sistemas administrativos y jurisdiccionales de solución de los conflictos que surjan entre los administrados y la administración. El actuar de la administración, por lo general, suele verse en actos administrativos, en procedimientos administrativos y en actos de simple administración. Estos predicamentos puede reputarse existen en múltiples ámbitos y también ser pertinentes al gasto público. No es cometido de este análisis afrontar esos actuare de la administración, sino más bien, examinar las acciones y recursos que los particulares puedan proponer en defensa de sus intereses. Bajo ese supuesto liminar, es lo primero conocer el o los sistemas que se han definido a este propósito. Como regla general ha de mencionarse que puede la propia administración conocer las acciones y recursos de los particulares, sin perjuicio de un control judicial posterior.

El sistema administrativo libra a la propia administración la competencia para conocer el contencioso administrativo. Entonces la administración ejerce jurisdicción, potestad que tiene carácter excepcional, pues, la misma, normalmente es atributo exclusivo de los jueces que integran el poder judicial. En el supuesto, se expiden sentencias que deciden asuntos de mérito, fundamentalmente las impugnaciones propuestas por los particulares en contra de los actos administrativos que lesionan sus derechos subjetivos, a cuyo propósito ejercitan la acción o recurso subjetivo o de plena jurisdicción. La actividad

jurisdiccional de la administración es distinta de aquella que naturalmente le corresponde de emitir actos administrativos, de reformarlos, de ampliarlos, de revocarlos, de conocer alzadas propuestas en su contra, todo lo que en conjunto configura la denominada vía administrativa. Este sistema, en estado puro, presupone que las sentencias expedidas no sean atacables ante los jueces que integran el poder judicial y constituyen verdaderos tribunales de derecho común en materia administrativa¹³⁴. A fin de desvanecer o paliar los cuestionamientos a este sistema que deja en manos de la propia administración el juzgar de sus propios actos, se ha consagrado la autonomía de los tribunales administrativos a fin de que no dependan de la administración activa. Esta autonomía se la debe analizar en cada caso particular. De todos modos, se debe reconocer que el aceptar la existencia de tribunales administrativos específicos, diferentes de los tribunales comunes, abona a favor de su existencia. La debilidad de este sistema radica en constatar que en el fondo lo que hace privativamente la administración es un autocontrol o autotutela, posición que se resume en el aforismo *juzgar a la administración sigue siendo administrar*. Además hace prevalecer el poder sobre la protección y la garantía. Se trata, en estricto sentido, de un sistema contencioso administrativo antes que de un sistema de justicia administrativa¹³⁵. Curiosamente, una de las consideraciones que se han tenido en cuenta para propiciar el sistema administrativo en tiempos pretéritos, ha sido poner un límite

¹³⁴ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*, Fundación Andrade & Asociados, Quito, 2007, p. 174 y siguientes.

¹³⁵ Ernesto Velázquez Baquerizo, *La nueva justicia administrativa: diagnóstico de derecho contencioso administrativo y fiscal en el Ecuador*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito, 1993, p. 16.

defensivo del poder ejecutivo frente a las tendencias absorbentes del judicial¹³⁶. Refiriéndose a la autotutela de la administración que se explica por el bien común y en concreto por el servicio público a su cargo, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández precisan sus límites y su articulación con el orden judicial. Dicen al intento: *Como ya se ha anotado, y por diferencia de su modelo absolutista estricto, la autotutela de la Administración no es definitiva: es inicial, previa, de primer efecto, pero reserva íntegra la posibilidad de que el juez enjuicie a posteriori el problema de fondo que la autotutela ha resuelto mediante la declaración o la ejecución*¹³⁷.

El sistema judicial asigna a la justicia administrativa, a un órgano del poder judicial, al igual que ocurre con la generalidad de las materias. A fin de evitar la objeción de que en el poder judicial no existen jueces con conocimientos especializados, lo pertinente es crear juzgados y tribunales a cuyo servicio se encuentren jueces expertos en derecho público y particularmente en derecho administrativo. En perjuicio del principio de la unidad jurisdiccional, no siempre fácil de observar, por fuera del poder judicial, pueden organizarse tribunales que integren el sistema judicial y que tengan a su cargo la justicia administrativa. Así se procura conciliar la independencia respecto de la administración y el conocimiento especializado. En suma, estos jueces pueden pertenecer o no al poder judicial y desenvuelven su labor desde una óptica garantista, antes que desde una posición de poder.

¹³⁶ Adolfo Posada, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Librería Victoriano Pérez, Madrid, 1898, p 16.

¹³⁷ Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I* Duodécima Edición, THOMSON CIVITAS, 2005, Madrid, p. 533.

El denominado sistema mixto atribuye a la propia administración y a la justicia ordinaria el conocimiento de las cuestiones que integran la justicia administrativa. Al propósito se parte de la consideración de las situaciones jurídicas subjetivas del administrado. Si se invoca un derecho subjetivo violado el asunto debe ser resuelto por la justicia ordinaria; si se trata de defender un interés legítimo el asunto debe ventilarse ante tribunales administrativos. Al decir de Benalcázar Guerrón, el sistema mixto presenta el grave inconveniente de la falta de certidumbre para elegir el órgano competente situación estrechamente ligada con la nebulosidad del concepto de interés legítimo¹³⁸. Para Velázquez Baquerizo cuando los actos administrativos lesionan los derechos civiles se someten a los tribunales judiciales; la reclamación por lesión de los derechos surgidos de leyes administrativas se somete a los tribunales especiales de la administración¹³⁹.

En el artículo 173 de la Constitución constan dos disposiciones atinentes a la materia en cuestión. La primera la justiciabilidad de los actos de la administración, lo que quiere decir que los mismos podrán ser impugnados ante los jueces y la segunda, la existencia de una vía administrativa que se concibe como diferente de la judicial. La norma dice: *Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa, como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.* El precepto constituye una consolidación de un proceso que arranca de fines de los años cincuenta del siglo pasado. Es legítimo afirmar que la formulación

¹³⁸ Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Ibíd.*, p. 177.

¹³⁹ Ernesto Velázquez Baquerizo, *Ibíd.*, p. 17.

actual constituye un perfeccionamiento de ese proceso, mas, de ninguna manera innova en lo sustancial lo que ya estaba en la Constitución y en la ley. Desde ese pretérito, el sistema ecuatoriano se ha caracterizado por reconocer la existencia de las vías indicadas, debiéndose advertir que anteriormente era forzoso agotar la vía administrativa para proseguir luego la contenciosa; y, que hoy ya no lo es, pues, a partir de los tempranos noventa, se produjo una reforma que permite al particular emprender en la vía administrativa y luego en la contenciosa, o, a su arbitrio, directamente, acudir ante los jueces en contra de las actuaciones de la administración. En el país, singularmente desde los años referidos, no ha regido el sistema que confiere a la administración facultades jurisdiccionales, ni menos ello ha ocurrido en base a la autotutela, debiéndose señalar que ello no ha comportado un estado de desprotección a la administración que le impida ejercitar las actuaciones necesarias tendentes a la obtención del bien común. El ordenamiento nacional libra a la administración la composición de sus actos, a cuyo efecto, es la propia administración activa la que conoce los variados recursos ordinarios y extraordinarios que quepan proponerse y, en forma oficiosa, rectifica si ello es lo que corresponde, debiendo en todo caso expedir las pertinentes resoluciones, que según queda reiterado son justiciables. Las acciones y recursos en contra de los actos resoluciones administrativos, son conocidos por jueces especializados, que por mucho tiempo no pertenecieron al poder judicial. Hoy, en aras de la unidad jurisdiccional, se encuentran a él integrados. Son diferentes los jueces que tienen competencia para conocer del contencioso administrativo general, de aquéllos que tienen competencia para conocer el contencioso tributario. Inclusive en la Corte Nacional de Justicia, antes Corte

Suprema de Justicia, tribunal que principalmente conoce recursos de casación y revisión, existen salas especializadas para el contencioso administrativo general y para el contencioso tributario.

El derecho de los particulares de impugnar ante la justicia los actos administrativos que le son lesivos es garantía de categoría constitucional. Se trata de una verdadera acción, no de un recurso, pues, se la propone no como una nueva alzada ante el juez, sino como un arbitrio al que acude el particular con independencia del actuar de la administración. Se trata de un verdadero juicio propuesto por el administrado cuyos derechos subjetivos ha visto lesionados. La administración sólo excepcionalmente, en caso del recurso de lesividad, es la proponente. La proyección del contencioso administrativo a las inactividades de la administración no abarca fácilmente al contencioso tributario pero sí a otros ámbitos inclusive el del gasto¹⁴⁰.

Entre los principios constitucionales del derecho administrativo se ha señalado por parte de Bandeira de Mello el del control judicial de los actos administrativos¹⁴¹. En el Ecuador, el art. 196 de la Constitución Política permite que los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las funciones e instituciones del Estado sean impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial. Esta es la piedra ciliar del contencioso administrativo. Inclusive, al decir de Benalcázar Guerrón, cabe la impugnación en contra de los

¹⁴⁰ Eduardo García de Enterría y otro, *Curso de Derecho Administrativo*. I, Duodécima Edición, THOMSON, CIVITAS, Madrid, 2005, p. 533 y siguientes.

¹⁴¹ Celso Antonio Bandeira De Mello, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 2006, p. 85.

actos administrativos de la propia Función Judicial a fin de evitar la violación del derecho a la tutela efectiva¹⁴².

Dos cuestiones íntimamente relacionadas entre sí, atañen al contencioso administrativo, cual ocurre en otros ámbitos procesales, la que concierne a los sistemas jurisdiccionales, vale decir, al orden orgánico y la que se refiere a las acciones o recursos y a los consecuentes procedimientos.

Ante quién se debe enjuiciar a la administración por los actos o procedimientos que ha expedido respecto de los cuales los particulares proponen acciones o recursos? Este es asunto de importancia que sale de los cánones comunes, que ha preocupado a la doctrina y que guarda íntima relación con la protección de sus derechos y con el debido proceso.

Existe una justicia tributaria peculiar, independiente de la administrativa? Existe esa diferenciación en los aspectos orgánico y procesal? Estas son las cuestiones que se afronta en este Ítem.

Por lo general la justicia tributaria es parte de la justicia administrativa. Así en el caso de España en el que de acuerdo a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 corresponde a los juzgados de los contencioso administrativo, a los juzgados centrales de lo contencioso

¹⁴² Juan Carlos Benalcázar Guerrón, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Fundación Andrade & Asociados, Quito, 2007, p. 70-71.

administrativo, a las salas de lo contencioso administrativo de los tribunales superiores y a las de la Audiencia Nacional y a las del Tribunal Supremo conocer del contencioso administrativo y dentro del mismo el contencioso tributario, tanto más que al decir de Juan Martín Queralt *el ámbito del proceso contencioso-administrativo rebasa con mucho el de la materia tributaria*¹⁴³.

En Ecuador, gracias a la influencia de uno de sus preclaros hacendistas, Eduardo Riofrío Villagómez, muy tempranamente, en 1959, se creó el Tribunal Fiscal, órgano de administración de justicia tributaria independiente de los Poderes Ejecutivo y Judicial, cuyas sentencias no cabía impugnárselas ante ninguna otra autoridad judicial. Así nació un sistema de justicia tributaria independiente del sistema de justicia administrativa, que con modificaciones hasta hoy pervive. En el tiempo inmediato posterior se instauró la justicia administrativa dentro de la cual era y es posible proponer acciones de carácter hacendario, entre ellas las referentes a los órdenes presupuestarios y de gasto público. Resulta muy atinada la observación de José Luis Shaw¹⁴⁴ quien prefiere hablar de tutela jurisdiccional y no judicial a fin de incluir a tribunales jurisdiccionales independientes tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Judicial como es el caso, anota, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Uruguay. Igual afirmación cabe respecto del Tribunal Fiscal del Ecuador.

¹⁴³ Juan Martín Queralt y otros, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, 11ª. edición, TECNOS, Madrid, 2000, p. 534.

¹⁴⁴ José Luis Shaw, Tutela Jurisdiccional efectiva en materia tributaria, en Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa, II, fundación de cultura universitaria, Montevideo 1999, p. 1196.

En México, el Tribunal Fiscal de la Federación fue creado en 1936 como órgano administrativo especializado para conocer del contencioso tributario. Giuliani Fonrouge consigna que su competencia quedó convalidada por la reforma constitucional de 1946 que facultó a la Corte Suprema de Justicia para entender en los recursos interpuestos contra las sentencias de tribunales administrativos creados por la ley fiscal¹⁴⁵. En sus comentarios al artículo 197 del Código Fiscal de la Federación, Augusto Fernández Sagardi nos hace conocer que a partir de las reformas del 2001 el Tribunal Fiscal de la Federación creado en 1936 pasó a denominarse Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa¹⁴⁶.

Al tratar de la separación entre el procedimiento administrativo y el procedimiento impositivo se denota con claridad que en Alemania se optó por el sistema judicial para dilucidar las controversias tributarias surgidas entre los particulares y la administración. Paladinamente se sustenta que la finalidad del procedimiento judicial no es el control de la administración sino la protección de los particulares ante la administración. No es decisivo el interés general de la legalidad de la administración, sino el interés individual en la defensa de los propios derechos frente a la administración¹⁴⁷. Luego de una amplia evolución la jurisdicción financiera es ejercida en todos los estados federados por tribunales especiales independientes y separados de las autoridades administrativas y son

¹⁴⁵ Carlos M. Giuliani Fonrouge, *Ibíd.*, p. 649.

¹⁴⁶ Augusto Fernández Sagardi, *Código Fiscal de la Federación, Comentarios y Anotaciones*, Gasca Sisco, México D. F. 2004, p. 197.

¹⁴⁷ Heinrich Wilhelm Kruse, *Derecho Tributario*, Traducción de Perfecto Yebra Martul-Ortega, Editoriales de Derecho Financiero, Madrid, 1978, p. 508.

independientes frente al gobierno. Es interesante que la autonomía judicial se entienda también como una prohibición de asignar a los jueces asuntos administrativos ajenos al ámbito judicial. Es importante considerar que en Munich funciona el Tribunal Supremo Financiero aceptado por los gobiernos federados y que vino a constituir una prolongación del anterior Tribunal Financiero del Reich. Es también importante anotar que la Ley Federal distingue entre jurisdicción ordinaria, administrativa, financiera, laboral y social. Se advierte que la justicia administrativa y la tributaria van por cauces separados. La existencia del instituto tributo y sus clases, impuestos, tasas o derechos y contribuciones especiales, de general aceptación en el ámbito del uso hispanoamericano, e inclusive en el italiano no es de fácil recibo en la doctrina alemana que se refiere al derecho impositivo y financiero antes que al tributario, que existen casos taxativamente enumerados, pero que son la mayoría, a cargo de las Comisiones tributarias organismos jurisdiccionales integrados por jueces legos, salvo el presidente que debe ser magistrado¹⁴⁸.

En Colombia al igual que en otros países se diferencia entre el control de constitucionalidad y el control de legalidad. Este trabajo se propone sólo el segundo cometido, pues, en el primero no es de fácil recibo encontrar cuestiones peculiares del ámbito tributario. El control de legalidad se encuentra, principalmente, atribuido en este país al Consejo de Estado, organismo

¹⁴⁸ Gaspare Falsitta, *Manuale di Diritto Tributario*, Terza Edizione, CEDAM, Padova, 1999, p. 629 y siguientes.

competente para conocer de la jurisdicción contencioso-administrativa, y dentro de ella, la contencioso-tributaria.

El Profesor Jaime Abella Zárate, analiza con gran suficiencia los procedimientos constitucional y contencioso administrativo en materia tributaria¹⁴⁹. Nos hace conocer que la Constitución de 1991 contempla la existencia de varias jurisdicciones, entre ellas la constitucional y la contenciosa administrativa. En esta última el Consejo de Estado tiene la condición del tribunal supremo correspondiéndole, además la función de cuerpo consultivo del Gobierno Nacional en asuntos de administración.

El Consejo de Estado se encuentra integrado por veinte y siete magistrados elegidos por la misma Corporación de la lista que remita el Consejo Superior de la Judicatura. La Sección 4ª., de la Sala Plena de lo contencioso administrativo integrada por cuatro magistrados conoce de los procesos de carácter tributario y financiero. Los tribunales administrativos de carácter departamental tienen entre sus competencias el conocimiento de los asuntos tributario. Los juzgados administrativos podrán conocer de la acción de cumplimiento y procesos de impuestos, tasas y contribuciones cuando la cuantía no exceda de trescientos salarios mínimos.

¹⁴⁹ Jaime Abella Zárate, *Procedimientos constitucional y contencioso administrativo en materia tributaria*, LEGIS, Bogotá, 1999.

El Consejo de Estado, según el propio Jaime Abella Zárate, es un órgano autónomo e independiente de la rama judicial, al que corresponde con independencia del Gobierno, conocer, entre otros, conflictos tributarios¹⁵⁰. Se puede afirmar que en el sistema colombiano el contencioso tributario se encuentra inmerso en el contencioso administrativo, tanto más, que se encuentra regulado por el Código Contencioso Administrativo.

2.3 Acciones y recursos en contra de actos administrativos.

Respecto de las acciones y recursos en contra de los actos administrativos, se debe distinguir entre aquellos que se proponen en vía administrativa y los que se proponen en vía contenciosa. En otro plano que es necesario considerar, se encuentran los mismos arbitrios pero a nivel constitucional. Los administrados, excluyéndose a los proveedores de bienes y servicios y en general a quienes contratan con entes públicos, respecto del gasto público, estarían en capacidad de proponer las acciones y recursos de la referencia, ya porque no se reconoce sus derechos a ser beneficiarios del mismo, ya porque, pese al reconocimiento, no se efectúan a su favor, las correspondientes erogaciones. En un primer momento se aludirá, de modo general, a las acciones y recursos en los diferentes ámbitos, para explicitar el sistema del país. De seguido, y esto es lo más importante, se analizará cómo estos extremos pueden ser aplicados al gasto público, siempre con referencia a los administrados.

¹⁵⁰ Jaime Abella Zárate y Alberto Martínez Menéndez, *Proceso contencioso en materia tributaria*, en Derecho Tributario, 2da. Edición, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Santa Fe de Bogotá, D.C. Colombia, 1999, p. 751 y siguientes.

2.3.1. La vía administrativa.

Dentro de la vía administrativa, frente a los actos administrativos, no caben, en estricto sentido, acciones sino recursos que pueden ser ordinarios o extraordinarios. Se ha incluido en la expresión recursos, todo tipo de peticiones propuestas ante la propia administración, cuando lo adecuado es que ella concierna exclusivamente al caso en que lo que se pretende es que el asunto pase a conocimiento de otra autoridad administrativa de mayor jerarquía. Ha terminado por prevalecer el sentido lato del término cuyo sentido se ha tornado omnicomprendivo de toda pretensión enderezada para que se modifique en parte o en todo el acto administrativo. Con todo debe puntualizarse que quienes pueden interponer recursos son aquellos sujetos vinculados directamente con el acto administrativo y terceros afectados por sus efectos. La administración, particularmente cuando aún no hayan producido efecto, podría oficiosamente componer sus actos. Huelga diferenciar la gestión encaminada a incidir en el contenido mismo del acto de la que persigue se reconozca su nulidad por vicios de competencia o por vicios graves de procedimiento. Todo ello, en conformidad de lo que prevean normas expresas.

En Ecuador, para el universo administrativo general, rige el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, cuya naturaleza jurídica se ha discutido vivamente. Lo conclusivo es que no es una ley, mas, es lo cierto, que a falta de un código administrativo o de una ley general administrativa, ha tenido trascendencia práctica, al entender que expresa y, de

buena manera, los principios del derecho administrativo. Para el fuero tributario, desde hace más cincuenta años, se ha contado con legislación especial que regimienta entre otros campos el de las reclamaciones y recursos administrativos. Actualmente, con varias reformas rige el Código Tributario expedido en 1975. Este Cuerpo Legal, por analogía, se ha aplicado a ámbitos extra tributarios, dándose el caso que lo particular se ha proyectado hacia lo general. El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que regula a los gobiernos descentralizados autónomos, expedido en fecha reciente, en octubre de 2010, contiene normas sobre la vía administrativa. Del conjunto normativo aludido se infiere que se ha de entender como recursos ordinarios los que persiguen que la propia administración que produce el acto administrativo lo aclare si no es suficientemente explícito; que lo amplíe si no abarca todos los asuntos a los que se debía referir; que los revoque o sea que los deje sin efecto total o parcialmente. Lo dicho se desenvuelve dentro del ser del acto administrativo. No son sino mecanismos para que alcance su mayor perfección. Hay actos administrativos no revocables. Secaira Durango considera que tienen tal condición los provenientes de la facultad discrecional de la administración; los actos administrativos certificatorios; los informes o dictámenes; las autorizaciones o aprobaciones; las inscripciones en registros; los que han generado derechos en terceros; los nombramientos¹⁵¹. Otros mecanismos, dentro de la calificación de ordinarios, son de mayor alcance. Es frecuente que la vía o procedimiento administrativo prevean la existencia de sucesivas instancias, que

¹⁵¹ Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito, Ecuador, 2004, p. 194 y siguientes.

dan lugar a apelaciones o recursos jerárquicos a fin de que el acto administrativo incólume o aclarado, ampliado o revocado, pueda ser reexaminado por una autoridad superior. Esta posibilidad se resume en la expresión alzada. Lo que se procura es una mayor certeza. Aquí puede operar la sustitución de un acto administrativo ulterior, el contenido en la resolución originada en la alzada, por el original impugnado o primeramente expedido por la administración. El recurso de reposición no comporta una alzada. Se lo propone ante la autoridad que emitió el acto administrativo y constituye para ella una nueva oportunidad para efectuar un reanálisis de lo actuado. No es necesario la aportación de nuevas pruebas, ni menos aducir causales. En suma se trata de una reconsideración que permitiría la sustitución o reforma del acto administrativo inicial. Mejía Salazar penetra con agudeza en la reposición al expresarse en estos términos: *Generalmente la reposición puede ser planteada en contra de cualquier acto administrativo productor de efectos jurídicos. Su carácter de ordinario otorga al recurrente la posibilidad de una amplia causalidad y finalidad de su impugnación, limitada únicamente por la necesidad de demostrar un interés en la revocación o reforma del acto observado y por el cumplimiento de los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y contenido del recurso*¹⁵². La revisión que efectúa la propia administración es por excelencia una actividad extraordinaria. Mediante el recurso de revisión, las máximas autoridades oficiosamente o a petición del parte interesada, revén los actos administrativos que han causado estado. Lo extraordinario radica precisamente en ello y en que

¹⁵² Álvaro R. Mejía Salazar, *Los recursos administrativos*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011, p. 47.

se encuentra sujeta a causales preestablecidas por las normas. No es una alzada administrativa, ni tampoco un pedido de anulación o revocación. Constituye un arbitrio mediante el cual la máxima autoridad efectúa la labor de contralor respecto de los actos emitidos por sus subordinados, característica que se acentúa singularmente en la revisión de oficio. Se revisa, porque determinados hechos de importancia, que no eran conocidos al expedirse el acto administrativo, son comprobados con posterioridad. De ahí que los plazos para interponer revisión suelen ser muy dilatados. También en el orden jurisdiccional la función revisora se ha afianzado en el país. El artículo 184 de la Constitución contempla que la Corte Nacional de Justicia no es sólo tribunal de casación, sino también de revisión en todo tipo de materias.

2.3.2. Justicia especializada.

Los jueces especializados o no, han de conocer del contencioso administrativo que se desenvuelve dentro de un proceso judicial que permite librar a un tercero ajeno a las partes, la solución de los conflictos que surgen entre las administraciones y los particulares. En la Ley de lo Contencioso Administrativo del país se denominan recursos a los arbitrios que se pueden proponer en sede judicial en contra de las actuaciones de la administración. En el Código Tributario se denominan acciones con lo que se enfatiza la diferencia entre la vía administrativa y la jurisdiccional. Al decir recursos, parecería que el asunto se desenvuelve en la misma vía administrativa. Tal vez, es un rezago,

aunque perfeccionado y mejorado, del sistema puro y duro que proclama que corresponde exclusivamente a la administración purificar sus propios actos.

Con la base constitucional aludida, de que los actos administrativos son justiciables, el sistema nacional prevé la existencia del recurso subjetivo o de plena jurisdicción y el objetivo o de anulación. Además, la acción de lesividad. Elena Durán, a quién se acude en esta parte de la reflexión, explica en forma clara y sucinta el sistema ecuatoriano¹⁵³. Considera que: El recurso de plena jurisdicción o subjetivo tiene como fundamento la lesión de un derecho subjetivo y con él se persigue el reconocimiento de una situación jurídica individualizada frente al abuso de la administración. Se refiere a toda clase de lesión a los derechos subjetivos y se refiere a cuestiones patrimoniales, a contratos a responsabilidades de la administración. Lo atinente a los contratos se explica desde la óptica bilateral. Las mutuas acciones que se puedan proponer entre los entes públicos y los proveedores de bienes y servicios surgen de los contratos en la forma y modo que regule el tema la ley. Admitiendo que existe discusión, por lo general se estima que estas cuestiones no integran el contencioso administrativo. Cosa diversa es que a los tribunales especializados del ramo también se les haya atribuido competencia para conocer de esas acciones. La autora respecto de los actos administrativos justiciables, atinadamente y acudiendo a jurisprudencia sentada, señala que el recurso puede proponerse también contra actos de carácter general, aunque la sentencia que se expida

¹⁵³ Elena Durán, *Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala, Corporación Editora Nacional, Quito, 2010.

tendría únicamente valor particular. Dice sobre estos extremos: *Este recurso puede deducirse para impugnar no sólo actos y resoluciones de carácter individual, sino también, como ya se dijo, de carácter general cuando éstas violan derechos subjetivos del recurrente, en cuyo caso el juez está facultado para adoptar las medidas pertinentes para cesar el efecto particular que se ha cuestionado, sin atacar el contenido general de la resolución impugnada.* Para penetrar de mejor manera en el recurso de anulación u objetivo o por exceso de poder, se ha tener en cuenta que la administración a más de actos administrativos de valor particular, está facultada para expedir actos administrativos de valor general, conocidos como actos normativos. En contra de estos últimos procede el recurso objetivo. Puede interponerlo quién tenga interés, aunque no haya sido afectado directamente su derecho subjetivo. Este arbitrio procura el imperio de la legalidad y decide si un acto normativo es violatorio e incompatible con el derecho objetivo. El pronunciamiento que entonces se amita tiene valor general, vale decir *erga omnes*. Al decir de la autora, quién se apoya en la doctrina, la anulación puede fundarse en: 1. Incompetencia. 2. Violación de la ley. 3. Vicios de forma, y, 4. Desviación del fin del acto. Se ha de entender que el valor que genera persiste hasta que la ley diga lo contrario o, en general innove. Además es de señalar que los casos de actos normativos que riñen con la Constitución escapan al recurso objetivo. Se desenvuelven en una sede distinta. Estas acciones o recursos subjetivo y objetivo son pertinentes al gasto público. El cómo puede acaecer esto, es objeto de un análisis posterior. Previamente se afrontará la acción de lesividad y el tema del interés legítimo, el cual, de suyo, no se integra necesariamente a los recursos subjetivo y objetivo.

La acción de lesividad constituye una opción extraordinaria respecto de la cual poco dicen la legislación y la jurisprudencia nacionales. En el país, Pablo Tinajero Delgado ha realizado un importante estudio sobre la lesividad. Sirve de guía a este análisis¹⁵⁴. El autor diferencia entre la declaratoria de lesividad y la acción de lesividad. Al primero califica de acto administrativo inimpugnable, a la segunda de acción presentada ante el juez para lograr la invalidación del acto administrativo. Define a la declaratoria en estos términos: *La declaración de lesividad es un acto administrativo inimpugnable, que contiene la expresión de voluntad del órgano administrativo competente, mediante el cual se procura el retiro del mundo jurídico, de un acto cuyos efectos benefician a un particular (por lo que no tiene la disponibilidad de sus efectos) y que lesiona los intereses públicos*¹⁵⁵. La administración, *per se*, se encuentra en la imposibilidad de revocar el acto que presuntamente lesiona los intereses públicos. Para obtener la revocatoria, ha de acudir ante el juez con audiencia del interesado que se ha beneficiado con el acto. Se trata de una verdadera acción que se presenta ante los tribunales contencioso administrativos, que, según se ha consignado, en el país, pertenecen al orden judicial. La lesión del interés público se apalanca en determinados supuestos. Tinajero Delgado apunta: *a) Que el acto que se analice cause lesión en virtud de violaciones a la ley, en el procedimiento y durante su expedición; b) Que el acto cause lesión por falta de mérito, en el mismo*

¹⁵⁴ Pablo Tinajero Delgado, *La acción de lesividad*. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1998.

¹⁵⁵ Pablo Tinajero Delgado, *Ibíd.*, p. 47.

*momento de la expedición; y, c) Que cualquiera de esta dos causas sean supervenientes a la expedición del acto de que se trate*¹⁵⁶.

El texto constitucional del artículo 173 aludido es suficientemente amplio que, sin restricciones, permite el ejercicio de impugnaciones en vía administrativa y ante la Función Judicial en contra de los actos administraciones. Corresponde a la ley y a la jurisprudencia delimitar su entorno. Débase señalar, además, que podría aplicarse la norma constitucional aunque no existiese ley. Por ello, en vía de principio, toda clase de acciones y recursos son admisibles, pues, la Constitución no ha excluido a ninguno de ellos. Lo sustancial es que los actos administrativos son justiciables. Aquello no connota ni significa que la ley, la jurisprudencia y la doctrina no sean valiosos auxiliares para desentrañar el tema. La acción subjetiva o de plena jurisdicción es de fácil recibo y es propia del derecho privado y del derecho público. Todos quienes ven lesionados sus derecho, pueden proponer reclamaciones, recursos, acciones a fin de que de que se repare el daño. En derecho público suelen mediar actuaciones administrativas que afectan los derechos subjetivos de los particulares y que riñen con el derecho objetivo. De allí que en este plano la impugnación de los administrados persigue no solo la reparación del daño que han sufrido, sino también mantener incólume el derecho objetivo. Contrastantemente, la existencia de intereses legítimos, no son de general aceptación, o, al menos, existen serias dubitaciones sobre su naturaleza.

¹⁵⁶ Pablo Tinajero Delgado, *Ibíd*em, p. 54.

Garrido Falla precisa que el derecho subjetivo protegido por el ordenamiento jurídico se refiere a un bien o a un interés. Para fijar de mejor manera el instituto, el autor cita a Alessi, quién señala: *El derecho subjetivo será, pues, el producto del mandato contenido en la norma, no contendrá ningún poder, y será solamente distinto del interés protegido por la norma, en cuanto éste representa solamente el instrumento final de la protección por parte del Derecho objetivo*¹⁵⁷. Hay casos en los cuales los derechos subjetivos pertenecen a la administración, los que pueden surgir directamente de la ley o del ejercicio de la potestad administrativa. El autor pone como ejemplos la obligación de los autores de libros de entregar ejemplares y los actos de expropiación. De otro lado, pueden haber normas que no han sido dictadas para proteger intereses individuales. Garrido Falla, al igual que Massimo Severo Giannini, citan a Guicciardi quién diferencia entre normas de relación y normas de acción¹⁵⁸. Las segundas que conciernen a la organización, al contenido y al procedimiento de la acción administrativa no se corresponden con el derecho subjetivo de los particulares. Sin embargo, cualquier ciudadano puede mostrar su interés para que las normas de acción sean respetadas, interés no necesariamente protegido por el ordenamiento jurídico. Caso singular es aquél en el que las normas de acción producen ventajas o desventajas a ciertos administrados, en cuyo caso, aparecen intereses legítimos que podrían tener la protección del ordenamiento jurídico. De allí surge la posibilidad de hablar de los derechos subjetivos condicionados o debilitados, como aquéllos cuya existencia se

¹⁵⁷ Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, 14ª edición, Madrid 2003, P. 523.

¹⁵⁸ Fernando Garrido Falla, *Ibíd.*, p. 526.

encuentra condicionada al interés público¹⁵⁹. Estas consideraciones habría que proyectarlas hacia el gasto público.

Massimo Severo Giannini¹⁶⁰ diserta ampliamente sobre lo que denomina situaciones subjetivas (situazioni soggettive) las cuales pueden ser de tres clases, a saber, derechos subjetivos, (diritti soggettivi), intereses legítimos (interessi legittimi) e intereses de hecho (interessi di fatto). En la página 53, incluye la diferencia entre interés legítimo y derecho subjetivo. Al intento, dice: *Secondo una prima analisi l'interesse legittimo si differenzia al diritto soggettivo in quanto in esso manca quella che si denomina la signoria della volontà, que invece è tipica del diritto soggettivo; chi è titolare di un diritto soggettivo, di esso dispone, in relazione alle scelte che faccia in ordine alla cura dei propri interessi; invece un interesse legittimo non è disponibile: esso si puntualiza unicamente nel fatto di poter adottare uno strumento giuridico per reagite contro el provvedimento amministrativo ilegitimo*¹⁶¹. A pesar de lo dicho, reconoce el autor que en cada derecho subjetivo pervive un interés legítimo. Apunta que si la violación del interés público conlleva la del interés legítimo del particular, este puede reclamar por el propio interés y por el interés público¹⁶². Sobre los postulados de Guicciardi, ya aludido, que diferencian normas de relación y normas de acción, manifiesta que tal distinción no tiene relevancia,

¹⁵⁹ Fernando Garrido Falla, *Ibidem*, p. 528.

¹⁶⁰ Massimo Severo Giannini, *La Giustizia Amministrativa*, Jandi Sapi Editore, Roma 1964, p. 22 y siguientes.

¹⁶¹ Massimo Severo Giannini, *Ibidem*, p. 23. La traducción libre del texto es como sigue: *De acuerdo a un primer análisis, la diferencia entre interés legítimo y derecho subjetivo radica en que el primero carece del predominio de la voluntad que es característico del derecho subjetivo. El titular del derecho subjetivo puede disponer de él, y particularmente adoptar los medios que lo protejan. En tratándose de un interés legítimo lo que puede el titular es impugnar el procedimiento administrativo.*

¹⁶² Massimo Severo Giannini, *Ibidem*, p. 25.

pues, asevera que todas las normas que regulan la actividad de la administración son de interés público.

Ferrajoli sutenta que se ha de entender como derecho subjetivo al conjunto de espectivas positivas (de prestaciones) y negativas (de no sufrir lesiones) las cuales han de ser adscritas a un sujeto por una norma jurídica, a fin de proteger un bien juzgado valioso¹⁶³. Cuando un administrado hace valer las prestaciones frente al Estado, y su satisfacción entraña gasto público, parece más factible en tratándose de espectativas positivas. La prioridad de los derechos fundamentales se discutemuchó, habiéndose llegado a sostener que todos son de igual importancia. El tema tiene relevancia cuando se lo relaciona con el gasto público. Entonces aparece el orden y jerarquía de los derechos. Sin duda existen, para ese ámbito, derechos que deben satisfacerse en forma preferente.

Los derechos subjetivos han de ser defendidos por el sistema jurídico. Al respecto, Corti dice: *Un derecho subjetivo, lo es además en un sentido técnico, si también se atribuye, junto al derecho, algún medio técnico-jurídico para obtener el cese de las eventuales lesiones de las que podría ser objeto. En un sistema jurídico de estilo judicialista, un derecho subjetivo lo es en sentido técnico si se otorga una acción, entendida, en su acepción más sencilla como la posibilidad*

¹⁶³ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, p. 19.

*de acceder a un órgano jurisdiccional*¹⁶⁴. Estas expresiones son enteramente aplicables al caso ecuatoriano.

La actividad financiera y dentro de ella la presupuestaria y del gasto público tienen relación directa con la realización de los derechos fundamentales. Posteriormente se hará referencia particularizada a estos extremos, no sin advertir que esta actividad es de carácter instrumental. Corti manifiesta:-

Si la actividad financiera es un medio para la realización de los derechos fundamentales y si en la configuración de éstos es esencial el sistema internacional de los derechos humanos, entonces este sistema incide de manera directa en cómo debe ser pensada aquella actividad.

El derecho internacional de los derechos humanos incide en la actividad presupuestaria al ser esencial en la configuración de la institución constitucional que le otorga sentido a la actividad financiera en su conjunto: el sistema de los derechos fundamentales.

*De ahí un interrogante que se encuentra en la base de este texto y del que sólo vislumbramos las consecuencias más evidentes ¿Cómo hay que pensar el derecho financiero y, en particular el derechos presupuestario dada la existencia del derecho internacional de las derechos humanos, de directa incidencia en el sistema constitucional?*¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Horacio G. Corti, *Derecho Constitucional Presupuestario*, LEXIS-NEXIS, Buenos Aires, 2008, p. 709.

¹⁶⁵ Horacio G. Corti, *Ibíd.*, p. 733.

El grado de cumplimiento de los derechos fundamentales no es el mismo en todo tiempo y circunstancia. Ya se había mencionado que frente al gasto no todos los derechos son iguales y que se impone la prioridad. El estado de la economía es otro factor a considerar. No es de esperar igual tratamiento en tiempos normales y en tiempos de crisis. Además, pueden existir situaciones de emergencia e inclusive de excepción. De todos modos se aboga por los cumplimientos mínimos de los derechos, de ninguna de su aniquilamiento. Estas aseveraciones en teoría, son de fácil recibo, mas, de difícil cumplimiento frente a casos concretos. En suma, la cuestión se resume en cuanto y cómo gastar en tales casos y hasta donde alcanzan los derechos de los administrados y su posibilidad de accionar. Para afrontar estas cuestiones, Corti propone una bases que podrían considerarse elementos del derecho constitucional financieros de las garantías fundamentales. Las más importantes dicen : la actividad financiera pública debe ser razonable, es decir debe ser un medio adecuado para asegurar el ejercicio habitual de los derechos fundamentales; no debe alterar el ejercicio habitual de los derechos fundamentales¹⁶⁶.

2.4. Derechos de los particulares frente al gasto público.

Para afrontar el tema de cómo los administrados pueden hacer valer sus derechos frente al gasto público es necesario adentrarse en la dinámica del mismo. En el Ecuador, en aplicación de disposiciones constitucionales y legales se han emitido Directrices que conciernen a esa dinámica, a las cuales han de

¹⁶⁶ Horario G. Corti, *Ibíd*em, p. 750.

sujetarse los beneficiarios del gasto público¹⁶⁷. Las Directrices se vierten en normas que señalan las políticas y procedimientos a los que ha de sujetarse el gasto público. Las mismas ha expedido el Ministerio de Finanzas en acatamiento del artículo 35 de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, que a su vez se basa en el artículo 293 de la Constitución que libra al Ejecutivo la formulación y ejecución del Presupuesto General del Estado. *Las directrices son de carácter obligatorio para las instituciones cuyos presupuestos conforman el Presupuesto General del Estado*¹⁶⁸, señala el documento. Para los particulares podrán no ser vinculantes, mas, son de suma importancia para el evento de que tengan que hacer valer sus derechos. Las directrices operativizan normas constitucionales y legales que sí son obligatorias para ellos y para todos, pues, tienen el valor de *erga omnes*. Las mencionadas directrices son de difícil encasillamiento. Su sabor es reglamentario. Podrían asimilarse a los reglamentos autónomos.

La política macroeconómica es determinante en materia de gasto público. Ella se vierte en el Programa Macroeconómico del Gobierno en acatamiento de lo que estatuyen los artículos 283 y 284 de la Constitución y en el Objetivo 11 del Plan Nacional del Buen Vivir, a cuyo propósito se pretende el cambio a un modelo que contemple un sistema económico social y solidario. Se potencia a la planificación y se la llega a considerar como un principio rector. Se sustenta: *El artículo 280 del texto constitucional establece que dicho plan será el instrumento*

¹⁶⁷ *Directrices de la Programación Presupuestaria 2011-2014*, Ministerio de Coordinación de Política Económica, Ministerio de Finanzas del Ecuador, SENPLADES, Quito.

¹⁶⁸ Directrices, *Ibíd*em, p. 2.

*al que se sujetarán entre otros elementos, la programación y la ejecución del presupuesto del Estado, así como la inversión y asignación de los recursos públicos. Sobre la base de este fundamento, y otros postulados del texto constitucional, se establece el principio de primacía de la planificación nacional. De esta manera la planificación se constituye como la primera directriz política, establece los objetivos del desarrollo y tiene preponderancia sobre las políticas públicas y la asignación de recursos públicos en general*¹⁶⁹.

El énfasis es añadido. Las Directrices Generales preconizan que los recursos públicos deben orientarse a la garantía de los derechos para el buen vivir; que las asignaciones presupuestarias deben orientarse hacia las acciones públicas que promuevan la inclusión social y económica con enfoque de género, intercultural e intergeneracional y que favorezcan en general, a los grupos de atención prioritaria, previéndose la proposición de acciones afirmativas que favorezcan la reducción de brechas sociales y económicas, acordes con el artículo 35 constitucional; que las asignaciones presupuestarias deberán orientarse a la consolidación de la base económica de la primera fase del nuevo modo de acumulación y redistribución, debiendo los recursos financieros orientarse al financiamiento de acciones públicas que favorezcan la democratización de la tierra, a la transformación de la educación en todos los niveles, al cambio de la matriz energética, a la protección del patrimonio natural y a la remediación de los impactos negativos de las actividades productivas en los ecosistemas, al apoyo de actividades que favorecen la distribución del ingreso y la generación de empleo, el financiamiento de prestaciones de seguridad social eficientes, el fomento del

¹⁶⁹ Documento, *Ibíd*em, p. 13.

sector de la economía social dentro de las actividades de mercado, el apoyo a iniciativas de trabajo autónomo y el fomento de las iniciativas de producción y de servicios comunitarios; que las decisiones de asignación de recursos públicos propendan a la reducción de las brechas de equidad territorial. Respecto de la política fiscal se enfatiza que la misma debe procurar el financiamiento de los servicios, inversión y bienes públicos; la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados, así como la generación de incentivos para la inversión de los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios socialmente deseables y ambientalmente aceptables. Sobre los ingresos, en observancia de los artículos 286 y 292 de la Constitución se consagra la regla de oro constitucional de que con ingresos permanentes se financiarán egresos permanentes, salvo los rubros de salud, educación y justicia. Respecto del gasto se proclama que tiene como objetivo básico ampliar la cobertura del gasto social fundamentalmente en los sectores de salud y educación para corregir las inequidades sociales y de género. Igualmente se proclama la efectividad del gasto en estos términos: *Es importante garantizar que el gasto público sea efectivo, es decir que alcance altos niveles de eficiencia para lo cual las proyecciones de gastos que se incorporen en la proforma se calcularán en función de los recursos humanos, físicos y materiales requeridos para la consecución de los objetivos y metas del plan operativo contenidos en los programas, proyectos y actividades del presupuesto*¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Documento, Ibídem, p. 11

Dentro del presupuesto se proyectan los gastos. Cuando ha sido aprobado, no debe considerarse únicamente como una constancia de que se han de erogar, sino como un reconocimiento o legitimación que sirve a los beneficiarios para exigir su cumplimiento. Para efectos del cumplimiento presupuestario, las referidas Directrices clasifican los gastos en corrientes que abarcan gastos de personal, bienes y servicios de consumo, gastos financieros que comprenden intereses y comisiones de la deuda interna y externa; gastos de producción de uso exclusivo de las empresas públicas; gastos de inversión; gastos de capital; y, gastos de amortización de la deuda pública.

Sin perjuicio de lo expuesto en el Capítulo I, es importante insistir sobre la clasificación del gasto público en relación con el ciclo presupuestario. Guerrero y Valdés se refieren al punto, con particular acentuación a lo que ocurre en México¹⁷¹. Comienzan por indicar que existen tres tipos de clasificación: administrativa, funcional y económica y subrayan que el tema ha adquirido mayor importancia en cuanto el gasto público se ha diversificado y complejizado y en la medida que es necesario favorecer la toma de decisiones y una mejor asignación de recursos. Según su criterio, la clasificación administrativa tiene como objetivo determinar quién gasta los recursos públicos; la funcional, determinar el objeto del gasto, es decir, para qué se gastan los recursos públicos; y, la económica, tiene como finalidad conocer en qué gasta el gobierno los recursos de acuerdo a su naturaleza económica, es decir en gasto corriente y

¹⁷¹ Juan Pablo Guerrero Amparán; Yailen Valdés Palacio, *Manual sobre la clasificación económica del gasto público*, Centro de Investigación y Docencia Económicas. A. C. CIDE.

gasto de capital. Es asertivo entender que las clasificaciones son antes que tales, criterios de conceptualizar los diferentes rubros del gasto público, que bien pueden complementarse. Guerrero y Valdés, con énfasis económico digno de tenerse presente para la proyección jurídica del tema, manifiestan que se debe tener por gasto corriente los que se erogan en insumos y servicios personales que no constituyen un activo duradero tangible. Señalan respecto de este segmento que una parte importante dentro del gasto corriente son las remuneraciones de médicos y maestros, que constituyen el componente más importante de este gasto¹⁷². Según los autores, *el gasto de capital comprende el total de asignaciones destinadas a la creación de bienes de capital y conservación de los ya existentes, a la adquisición de bienes inmuebles y valores por parte del Gobierno Federal, así como los recursos transferidos a otros sectores para los mismos fines, que contribuyan a acrecentar y preservar los activos físicos patrimoniales o financieros de la nación. También se incluye el gasto destinado a cubrir la amortización de la deuda, derivada de la contratación de créditos o financiamiento al Gobierno Federal por instituciones nacionales o extranjeras*¹⁷³. Estos asertos tienen validez general.

Los grandes lineamientos macroeconómicos, las clasificaciones y los procedimientos del gasto público, cuyos principales enunciados tienen raigambre constitucional, no pueden ser un óbice para que los particulares puedan ejercitar sus derechos. No pueden constituirse en un condicionante para tal propósito. Sin

¹⁷² Juan Pablo Guerrero Amparán; Yailen Valdés Palacio, *Ibíd*em, p. 31-32.

¹⁷³ Juan Pablo Guerrero Amparán; Yailen Valdés Palacio, *Ibíd*em p. 32

embargo pueden incidir en la efectiva consecución del gasto. Al efecto la legitimación del gasto puede estar modulada y priorizada por los elementos mencionados. La debida interpretación de las normas, particularmente en caso de duda, se ha de guiar por el trascendente principio de primacía de la planificación nacional antes enunciado. Los particulares para el conseguimiento de sus pretensiones han de sujetarse a los procedimientos que exige la normativa expedida al intento. La clasificación del gasto es factor de enorme importancia, pues, pauta la relación del gasto público y de suyo sirve para definir a los beneficiarios y las posibilidades de gestionar el reconocimiento del mismo y su erogación. Como culmen es de concluir que cuanto se ha consignado en este Ítem constituye el entorno de la legitimación del gasto, mas, de ninguna manera ofician de condición o impedimento para que los administrados hagan valer sus derechos.

2.4.1. Preasignaciones del gasto público previstas en el presupuesto.

Como bien lo reconoce Priego Álvarez, *ningún gasto puede efectuarse si no se ha previsto en el Presupuesto*¹⁷⁴. Tal aserto es de aceptación general, mas, lo que interesa a esta reflexión, siempre contraída a los administrados, es el derecho que puedan tener éstos para exigir que en el presupuesto consten las partidas correspondientes y que en solución de continuidad se cumplan las erogaciones. El plano del discernimiento es el estrictamente jurídico, no el

¹⁷⁴ Freddy A. Priego Álvarez, *Introducción al Derecho Presupuestario*, Editorial Porrúa, México D.F. 2004, p. 245.

político y se refiere al marco jurídico del país. Habrá de hacerse referencia a los caminos que ofrece la Constitución y a aquéllos que pone a disposición la ley.

2.4.2. Naturaleza jurídica del presupuesto.

Según el artículo 292 de la Constitución el Presupuesto incluye todos los ingresos y los egresos del sector público, a excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados. Si es que no se incluyen partidas de gasto que debieran constar en el presupuesto, quién se sienta perjudicado ha de valerse de los arbitrios que brinda la Constitución para no verse perjudicado, la cual prevé las diferentes acciones que cabe proponer. Es necesario referirse a ellas y precisar cuál o cuáles son las pertinentes al caso en comento.

Según dicho artículo 292 de la Constitución, al presupuesto no se le puede conferir la naturaleza propia de una ley. *Es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado*, dice esta norma. Según Laband, ya hace mucho decenios se dejó de considerar que el presupuesto fuese una ley material; a lo más se le podría considerar tal en el sentido formal. Este autor considera que es un acto administrativo. En esta parte se asume lo que respecto de Laband consigna el recordado Profesor Eusebio González García. Se expresa así: *Para Laband la respuesta es clara, sólo nos encontramos ante una verdadera ley (material) cuando la norma regula situaciones o hechos a cuya realización se conectan la producción de determinados efectos jurídicos. Es así*

que con la ley del presupuesto no se producen esos efectos jurídicos, luego la ley del presupuesto será ley por la forma en la que ha sido emanada, pero realmente es un acto administrativo, y decir que “el Presupuesto debe venir establecido por la ley” equivale a afirmar que “el Presupuesto debe venir establecido con la misma forma que una ley”, o a través de la vía legislativa¹⁷⁵. Ya no se utiliza en Ecuador la expresión Ley del Presupuesto como antaño. Además, la posibilidad de que mediante este instrumento se creen, reformen o modifiquen tributos no se ha dado por muchos años en el país. Se ha observado al efecto el principio de reserva de ley particular, es decir, expedida para esa finalidad, con independencia de la aprobación del presupuesto. Ha de reconocerse, sin embargo, que la aprobación del presupuesto supone intervención legislativa. Para el sistema jurídico nacional son importantes estos extremos, pues, las acciones que, en aplicación de la Constitución, se puedan enderezar en contra del presupuesto suponen que se haya penetrado en su naturaleza y es importante el que no pueda conceptuarse tiene la categoría de ley.

Una de las atribuciones más innovadoras que se concede a la Corte Constitucional es la de *declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión, inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales* según así lo prevé el numeral 10 del artículo 436 de la Constitución. Este camino podría eventualmente ser el que sirva para solucionar el asunto en cuestión.

¹⁷⁵ Eusebio González García, *Efectos de la Ley del Presupuesto sobre el Ordenamiento Tributario*, Aranzadi Editorial, Elcano, Navarra, España, 2000, p. 16

Santiago Velázquez en su valiosa obra *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano* trata por separado las formas de control de constitucionalidad de las acciones que se pueden proponer en defensa de las garantías jurisdiccionales de los derechos¹⁷⁶. La cuestión propuesta atinente al derecho de los administrados para que consten en el presupuesto determinadas partidas de gasto público, concierne a las acciones de defensa de las garantías jurisdiccionales de los derechos. Las acciones previstas en el texto constitucional son las siguientes: acción de protección, acción extraordinaria de protección, habeas corpus, habeas data, acción de acceso a la información pública, acción de inconstitucionalidad por omisión y acción por incumplimiento. Corresponde hacer referencia a ellas y señalar cuál o cuáles son las que deberían aplicarse a la defensa del gasto público.

El habeas corpus, el habeas data y la acción de acceso a la información, son peculiares y únicamente el último de ellos podría tener relación con el gasto público. Al menos, no son pertinentes de modo directo para obtener que una asignación se haga constar en el presupuesto. Según el artículo 88 de la Constitución, *la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos*

¹⁷⁶ Santiago Velázquez Velázquez, *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*, EDINO, Guayaquil, Ecuador, 2010.

constitucionales. El artículo 59 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales señala que la acción de protección es residual, pues, procede en todos los casos relacionados con derechos no amparados por otras acciones como habeas corpus, habeas data, acción de acceso a la información pública, acciones de protección contra la justicia indígena, acción extraordinaria de protección y acción por incumplimiento. El artículo 41 de la misma Ley detalla los casos en que procede la acción de protección. Velázquez Velázquez resume y dice: *De la norma transcrita y del texto constitucional se desprende que la acción de protección es procedente tanto por violaciones realizadas a través de actuaciones positivas como de aquéllas que resultan de una omisión, particular que consideramos adecuado pues indudablemente se puede lesionar derechos fundamentales dejando de obrar cuando se tiene la obligación jurídica de hacerlo. Estas acciones u omisiones pueden provenir de las siguientes fuentes: 1. De cualquier autoridad pública no judicial. 2. De políticas públicas. 3. De personas particulares*. Refiriéndose a la propia acción de protección y para diferenciarla de la extraordinaria de protección, señala: *Se excluye únicamente las autoridades judiciales en relación a las cuales existe la denominada acción extraordinaria de protección que tiene sus propias particularidades*¹⁷⁷. Para el neoconstitucionalismo imperante en el país, las políticas públicas tienen gran trascendencia jurídica. El artículo 85 de la Constitución se refiere a ellas, y de modo particular su numeral 3. se refiere al orden presupuestario. Dice: *El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos*.

¹⁷⁷ Santiago Velázquez Velázquez, *Ibíd.*, p. 156-157.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Es propicio tener presente que según el artículo 439 de la Constitución: *Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente,* texto que guarda congruencia con el anterior inmediato transcrito. La acción de protección podría también ser propuesta por el Defensor del Pueblo. Así lo estatuye el artículo 215 constitucional. Esta acción no es meramente cautelar, sino declarativa y reparatoria. Velázquez Velázquez así lo sustenta y alude a las sentencias de la Corte Constitucional 13-09-SIS-CC publicada en el Registro Oficial de 9 de noviembre del 2009 y a la 032-09-SEP-CC publicada en el Registro Oficial de 29 de diciembre de 2009. En ellas se subraya el alcance reparatorio de la acción de protección que contrasta con la de la acción de amparo prevista en la Constitución de 1998 que era meramente cautelar¹⁷⁸.

La acción extraordinaria de protección, al tenor de los artículos 94 y 437 constitucionales, se puede proponer contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción o por omisión derechos reconocidos en la Constitución. Es esta una de las modificaciones trascendentes. En la Constitución de 1998 no cabía recurso de amparo contra las decisiones de la Función Judicial. Se ha usado y abusado de esta acción extraordinaria que debió contraerse exclusivamente a proteger el derecho de defensa. La inmoderada amplitud, de otro lado, permitiría, en algún caso sumamente peculiar, ejercitar esta acción en

¹⁷⁸ Santiago Velázquez Velázquez, *Ibíd.*, p. 159-160.

contra de resoluciones judiciales en las que se hubiese violado derechos atinentes al gasto público. La acción de acceso a la información, que, en conformidad con el artículo 91 de la Constitución *tiene por objeto garantizar el acceso a ella cuando ha sido negada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna*, puede ser muy útil para quién pretenda se reconozca el derecho a una asignación presupuestaria y previamente requiere de información. La acción de inconstitucionalidad por omisión, según el artículo 128 de la Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional *comprende el examen de omisiones normativas cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los procesos constitucionales*. Podría eventualmente darse el caso que, previamente al reconocimiento del gasto público deba expedirse una determinada normativa.

La acción de incumplimiento se encuentra prevista en los artículos 93 y 436 numeral 5 de la Constitución. Según el primero, *La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derecho humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional*. La segunda de las normas señaladas incluye a los actos administrativos de carácter general. Bien lo reconoce Velázquez Velázquez, quien dice: *Se destaca que incluso esta acción es procedente para lograr el cumplimiento de actos administrativos es decir para obtener que las disposiciones de la administración*

*en uso de sus competencias, sean efectivamente cumplidas*¹⁷⁹. Habría que tener presente que a más de actos administrativos, que tienen efectos particulares, la administración emite actos normativos que tienen valor general y obligatorio. Además, que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado son atacables ante la justicia ordinaria, en conformidad con el artículo 173 de la Constitución. La Ley de Garantías Constitucionales y Control Constitucional sirve para precisar el alcance de la acción por incumplimiento. Al propósito, el artículo 54 exige reclamación previa ante la autoridad pública para configurar el incumplimiento. Con igual finalidad, del artículo 56 contempla las causales de inadmisión entre las que destaca la del numeral 1 que reza: *Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional*. Con ello se caracteriza a la acción por incumplimiento como un mecanismo singular y se acepta que la acción de protección es la de carácter general.

A modo de colofón de esta parte huelga concluir que para el caso en cuestión resulta apropiado utilizar la acción de protección; posiblemente en algunos casos, la acción por incumplimiento; como algo previo, la acción de acceso a la información pública; y, muy limitadamente la acción extraordinaria de protección.

¹⁷⁹ Santiago Velázquez Velázquez, *Ibíd.*, p. 244.

2.4.3. Acciones constitucionales individuales o colectivas.

Luego del análisis de los caminos que ofrece la Constitución, ocurre hacer referencia a casos particulares en que se daría lugar su utilización. El artículo 439 de la Constitución establece que las acciones constitucionales pueden ser propuestas por ciudadanos en forma individual o colectiva. La amplitud de esta norma es aplicable a los particulares quienes se encuentran legitimados al propósito. Según queda explicitado, la acción de protección puede ser incoada por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, e inclusive por el Defensor del Pueblo. Virtualmente constituye una acción pública. La acción por incumplimiento sigue por iguales derroteros. Lo propio ocurre con la acción de acceso a la información pública cuando se considere que se ha vulnerado el derecho constitucional de acceso a la misma. Peculiar es el caso de la acción extraordinaria de protección en contra de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia que puede ser propuesta por los ciudadanos en forma individual o colectiva siempre que hayan debido ser parte del proceso. En suma, el término particulares, adquiere una connotación singular.

El fortalecimiento de los derechos sociales y la exigibilidad de los mismos que obran en la Constitución inciden grandemente en el presupuesto que podría estimarse es inmanejable económicamente. Agustín Grijalva Jiménez se refiere a estos extremos. Señala: *Se ha observado que al establecer la Constitución de 2008 un amplio catálogo de derechos, especialmente de carácter social, y al fortalecer las garantías para exigirlos, se está colocando sobre el Estado una*

*presión o demanda inmanejable en términos presupuestarios*¹⁸⁰. El autor afirma que existe la posibilidad de judicializar las políticas públicas si estas no responden o violentan los derechos ciudadanos. Por su importancia se transcribe lo que sobre el punto sustenta el autor: *Esta crítica es relativa por cuanto el hacer efectivos los derechos sociales es un objetivo definitorio del Estado social, aunque ello se realice sólo progresivamente, atendiendo así a la realidad presupuestaria. En aquéllos casos en que las actuaciones o políticas estatales atenten contra esos derechos, es necesario que los ciudadanos cuenten con la posibilidad de reclamarlos ante los jueces*¹⁸¹. La cuestión se resume en lo siguiente: ¿es posible proponer impugnaciones de carácter judicial en contra de las políticas públicas, a fuer de sostener que las mismas por acción o por omisión violan derechos sociales, todo lo cual se debería reflejar en reconocimientos de carácter presupuestario?

La respuesta es afirmativa en conformidad al artículo 88 constitucional, norma que contempla se puede proponer acción de protección para obtener el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, *contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales*. Las políticas públicas tienen valor general *erga omnes*, y son fuente del derecho. A ellas se refiere el artículo 85 de la Carta Política que por su indudable trascendencia a menester consignarlo¹⁸². La

¹⁸⁰ Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador*, Corte Constitucional, Quito, 2011, p. 27.

¹⁸¹ Agustín Grijalva Jiménez, *Ibidem*, p. 27-28.

¹⁸² Art. 85.- (Disposiciones que regulan las políticas y servicios públicos).- La formulación, ejecución y evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo a las siguientes disposiciones:

aplicación de políticas públicas puede comportar gasto público y la asignación de partidas en el presupuesto. La Constitución, en los artículos 284 y 285, se refiere a los objetivos que persiguen las políticas económicas y fiscales. Sin embargo, lo más importante no son solo los objetivos, sino la materialidad de las políticas como *diversos medios, estrategias y técnicas entre las cuales se puede escoger para concretar los derechos*¹⁸³. No existe, ni puede existir un recetario de políticas que entrañen gasto público, mas, sí guías de orientación. El artículo 3 de la Constitución es la base fundamental del actuar del Estado. Conciernen a sus deberes primordiales entre los que cabe destacar el efectivo goce de la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua, a cuyo efecto se ha de prever el correspondiente gasto público. El Plan Nacional de Desarrollo *es el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto; y la inversión y asignación de los recursos públicos*. A su vez, la formulación y ejecución del presupuesto se sujetarán a ese Plan. Así lo previenen los artículos 279, 280 y 293 constitucionales, los cuales sin lugar a dudas, modelan el gasto público. En gran manera, gobernar es erogar gastos en aplicación del Plan Nacional del Desarrollo y en protección de los derechos humanos, particularmente lo sociales, económicos y culturales.

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.

2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación, deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.

3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y servicios públicos. En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

¹⁸³ Agustín Grijalva Jiménez, *Ibíd.*, p. 62.

Las acciones de protección cabe proponérselas, entre otros casos, *en contra de políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales*, según el artículo 88 de la Constitución; en contra de *Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías*, según el numeral 2 del artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). Esta Ley, desarrolla el principio constitucional e incluye a las políticas locales. Además, en sus numerales 4 y 5 del artículo 42, prevé que la acción de protección no procede: *Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada y eficaz y cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho*. Estos extremos, y la percepción evidente de que el monto total de gasto público para dar satisfacción del goce o ejercicio de todos los derechos y garantías puede ser en sumo grado elevado e inalcanzable constituyen limitantes que deben analizarse. La pretensión de una determinada partida forme parte del presupuesto para que sea base del gasto público no constituye una simple declaración de un derecho, sino el reconocimiento del mismo frente a un determinado administrado. La posibilidad de que pueda existir previamente un acto administrativo impugnado por la vía judicial excepto cuando se demuestre que esa vía no fuere adecuada o eficaz amerita un análisis particular.

Respecto de la salvedad de que para que opere la acción de protección debe primero acudir a la vía judicial, *Grijalva Jiménez expresa su criterio y compara la Constitución anterior de 1998 y la actual de corte garantista de 2008*

y dice: Sin embargo la LOGJCC en contraposición a la Constitución incluye en el artículo 40 numeral 3, como requisito para presentar una acción de protección el que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado. En la práctica esta disposición está sirviendo de argumento a jueces y cortes provinciales para negar sistemáticamente acciones de protección. De esta forma, paradójicamente, bajo una Constitución más garantista que la de 1998, como lo es la de 2008, los jueces ordinarios han disminuido en la práctica los estándares de protección de derechos constitucionales de los ciudadanos¹⁸⁴. Dos cuestiones saltan a la vista, la de la constitucionalidad de la norma aludida y cuál es su recto entendimiento, frente a un caso concreto, el del gasto público planteado, de la exigencia de que se demuestre que ante el acto administrativo emitido la vía judicial no es adecuada y eficaz. Existe, además, otro punto a discernir, cual es, si en todo caso, se da la existencia del acto administrativo.

Montaña Pinto es del parecer que la disposición contenida en el numeral 4 del artículo 42 de la LOGJCC es abiertamente inconstitucional en cuanto restringe la acción de protección en el caso de que el acto administrativo pueda ser impugnado por la vía judicial, norma que no consta ni tiene asidero en la Constitución. Dice este autor: *En este sentido es evidente que desde un punto de vista material la disposición legal es anticonstitucional y debiera ser expulsada del ordenamiento jurídico por medio del control abstracto o concreto de*

¹⁸⁴ Agustín Grijalva Jiménez, *Ibidem*, p. 255-256.

*constitucionalidad*¹⁸⁵. El autor tiene plena razón al consignar semejante aserto y da cuenta de que los jueces que conocen la acción de amparo con frecuencia se escudan en el pretexto de que no ha precedido acción judicial, enervándose en forma sistemática esta acción y desconociéndose el espíritu garantista de la Constitución. Su parecer concuerda con el de de Grijalva Jiménez. De otro lado, a menester diferenciar los actos administrativos de los actos de la administración. Los primeros son declaraciones unilaterales de voluntad de los entes públicos que producen efectos singulares, distintos de los actos normativos de la administración que producen efectos generales. El connotado tratadista argentino Agustín Gordillo los define *como una declaración unilateral de voluntad realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos individuales en forma inmediata*¹⁸⁶. El artículo 70 del Estatuto de la Función Ejecutiva, que sirve de guía a falta de un Código Administrativo o de Procedimientos Administrativos que no se han llegado a expedir, define los actos de simple administración y dice que: *Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos individuales en forma indirecta en vista de que sólo afectan a los administrados a través de los actos, de los reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en consecuencia*. La función administrativa *per se* no supone una construcción orgánica, sino una actividad de todo el aparato estatal en el sentido lato de la expresión, es propia de todos los organismos públicos y

¹⁸⁵ Juan Montaña Pinto, *Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección*, en Apuntes de derecho procesal constitucional, Parte especial 1, Garantías constitucionales en Ecuador, Tomo 2, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, p. 113-114.

¹⁸⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, TOMO 3 El acto administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007, p.

obviamente de los que participan en la formulación, aprobación, ejecución y control del presupuesto. Entonces, al propósito de analizar si cabe o no proponer la acción de protección en contra del presupuesto, pese a la exigencia inconstitucional de la vía judicial previa, es de recibo volver sobre la naturaleza del presupuesto al amparo de las normas nacionales y de la doctrina, y definir si es un acto normativo, un acto administrativo, un acto de simple administración, o si tiene una corporeidad jurídica singular.

Para la Constitución de 2008, artículo 292, el presupuesto *es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado*. La cualificación de instrumento es cuasi funcional, mas, no jurídica. La Constitución de 1998, amén de estatuir en el artículo 259, que en el presupuesto constarán todos los ingresos y egresos del sector público no financiero, no hiere el punto, vale decir no se pronuncia sobre su naturaleza jurídica. Igual acontece con las Constituciones de 1966 y 1978. En la de 1946, artículo 131, se da al presupuesto la categoría de ley. Señala en la parte pertinente, *Los Ingresos y Egresos fiscales constarán en la Ley de Presupuesto General, que se dictará anualmente con arreglo a lo determinado en este Título*. La temprana definición del tratadista español Álvaro Rodríguez Bereijo, anterior a la Constitución española de 1978, sigue vigente en el pensamiento de otros autores que lo han expresado con posterioridad a su expedición. Dice Rodríguez Bereijo: *En consecuencia definimos el Presupuesto del Estado como “el acto legislativo mediante el cual se autoriza el montante máximo de los gastos que el Gobierno puede realizar durante un periodo de tiempo determinado en las atenciones que*

detalladamente se especifican y se prevén los ingresos necesarios para cubrirlos”¹⁸⁷ Menéndez Moreno, quién adhiere a la definición de Rodríguez Bereijo, alude al artículo 134.2 de la Constitución del Reino de España que se limita a consignar que: *los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluyendo la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado*. El propio Menéndez Moreno da razón del artículo 48 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por Real Decreto Legislativo de 23 de septiembre de 1988, que desarrolla el dicho texto constitucional y reza: *Los Presupuestos Generales del Estado constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de (...) las obligaciones que como máximo, pueden reconocer el Estado (...) y los derechos que se prevean liquidar durante el correspondiente ejercicio*¹⁸⁸. La norma constitucional no define lo que es presupuesto; la de la Ley, lo califica de expresión cifrada frase que tampoco es definitoria. El estudioso mexicano Freddy A. Priego Álvarez también recoge la definición de Rodríguez Bereijo, mas, la glosa por cuando resta importancia al rubro ingresos. Refiriéndose al sistema de su país señala: *En efecto, nosotros consideramos que el Presupuesto del Estado es aquella ley ordinaria o ley simplemente, en la que se prevé y faculta al Ejecutivo para la recaudación de los ingresos, especificándose el origen de éstos; así como para realizar los gastos hasta el montante y el destino en él estipulados, al final de cuya vigencia se estudiará su estricto cumplimiento*¹⁸⁹. La posición más generalizada es la de que

¹⁸⁷ Álvaro Rodríguez Bereijo, *El Presupuesto del Estado*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, p. 19.

¹⁸⁸ Alejandro Menéndez Moreno, *Derecho Financiero y Tributario*, Ibídem, p. 429-430.

¹⁸⁹ Freddy A. Priego Álvarez, *Introducción el Derecho Presupuestario*, Ibídem, p. 92.

la autorización para recaudar los ingresos, particularmente los tributarios y su modificación no son materia presupuestaria y que tales extremos han de obrar en ley singular. Martínez Lago y García de la Mora así lo reconocen cuando manifiestan: *En la actualidad la permanencia de las leyes tributarias, sin necesidad de revalidación periódica, ha hecho, como señalábamos antes, que la Ley de Presupuestos afecte jurídicamente sólo a los gastos públicos*¹⁹⁰. Similar es lo que ocurre en Italia. Amatucci señala que con la ley de aprobación del presupuesto no se puede aprobar nuevos tributos y que al efecto es necesaria la expedición de leyes singulares¹⁹¹. Buchan da una explicación económica sobre el presupuesto y señala que Estados Unidos se considera al presupuesto como un plan o programa de gobierno y no como un medio para conseguir ingresos. Enfatiza y manifiesta que el Congreso considera la legislación sobre la distribución del ingreso independientemente de la legislación impositiva. No deja de criticar ese hecho y explica que precisamente a causa de la independencia entre la discusión de los gastos y de los ingresos falta a las decisiones finales un sentido de ponderación entre las cargas creadas por los impuestos adicionales y los nuevos beneficios de los gastos públicos¹⁹². En Ecuador ocurre algo similar, el presupuesto únicamente prevé ingresos y autoriza gastos. El ilustre maestro argentino y latinoamericano Carlos M. Giuliani Fonrouge, trata con gran suficiencia el tema de la naturaleza jurídica del presupuesto y da razón de las diversas explicaciones que se han proferido sobre tan arduo asunto. Se detiene en los puntos de vista de los profesores franceses, alemanes, italianos, argentinos y

¹⁹⁰ Miguel Ángel Martínez Lago; Leonardo García de la Mora, *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario*, Tercera Edición, iste, Madrid, 2006, p. 183.

¹⁹¹ Andrea Amatucci, *Ibídem*, p.91-93.

¹⁹² James M. Buchanan, *Hacienda Pública*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968, p. 233-238.

brasileños. En síntesis dice que el presupuesto puede ser concebido como ley ordinaria, como ley formal e inclusive como acto administrativo y dentro de esto último como una operación administrativa, o como un acto condición. Finaliza el análisis y da su criterio en los siguientes términos: *Puede decirse, a manera de conclusión, que el presupuesto es un acto de trascendencia que regula la vida económica y social del país, con significación jurídica y no meramente contable, que es manifestación integral de la legislación, de carácter unitario en su constitución, fuente de derechos y obligaciones para la administración y productor de efectos con relación a los particulares. Como dice Ingresso, “es una ley de organización, la mayor entre las leyes de organización”*¹⁹³.

La posición que sustenta de que el presupuesto es un acto administrativo ha de entenderse como excluyente de la que afirma que es una ley ordinaria o una ley formal y, además, ha de definir si es un acto de valor singular o general, si es acto de la administración, una operación administrativa, un acto condición. Parecería que existe dubitación sobre estas cuestiones en la medida que atañen al presupuesto. Corresponde dilucidarlas acudiendo en general al derecho público administrativo y en particular a la teoría de los actos y actuaciones que produce la administración, advirtiendo *ab initio* que esta no se confunde con la función ejecutiva. Efectivamente otras funciones y organismos del Estado fungen de administración y pueden emitir tales actos y actuaciones. Por considerar que abarca todos los ángulos del tema, de seguido se consigna la definición del

¹⁹³ Carlos M. Giuliani Fonrouge, *Derecho Financiero*, Volumen I, 10ª Edición. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 175-176.

Profesor García-Trevijano Fos respecto del acto administrativo. Dice: *es declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho público, bien tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entre los administrados, o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa*¹⁹⁴. Este texto es inclusivo de todos los tipos de actos administrativos, salvo los normativos que producen efectos obligatorios generales. Celso Antonio Bandeira de Mello señala que existe un acepción estricta del acto administrativo que se caracteriza por la concreción y por la unilateralidad. En esa razón expresa que es: *una declaración unilateral del Estado en el ejercicio de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementarios de la ley (o excepcionalmente de la propia Constitución, en ese caso plenamente vinculado) emitidos a título de darle cumplimiento y sujetos a control y legitimidad por un órgano jurisdiccional*¹⁹⁵. Dentro de una perspectiva lata de acto administrativo, Bandeira de Mello incluye actos generales y abstractos, reglamentos, instrucciones y actos convencionales, los cuales en común consisten en declaraciones jurídicas, provienen del Estado o de quienes se encuentren investidos de prerrogativas estatales, se ejercen en el uso de prerrogativas públicas y son diferentes de los de derecho privado, consisten en providencias que devienen de la ley o de la Constitución y son justiciables.

¹⁹⁴ José Antonio García-Trevijano, *Los actos administrativos*, Editorial Civitas S.A. Madrid 1986, p. 95.

¹⁹⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Derecho Administrativo*, Primera Edición en español, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México D.F. 2006, p. 329.

Para la doctrina y la práctica del país, el *acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa*, según consigna el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE. El acto administrativo es diferente del acto normativo y del jurisdiccional. Existen otras actuaciones administrativas que se debe precisar, siempre en el empeño de penetrar en la naturaleza del presupuesto. El Profesor Gastón Alexander Velásquez Villamar se ha referido a ellas con gran acierto en su útil ensayo *Conceptos jurídicos básicos del Derecho Administrativo Ecuatoriano* que sirve de pauta en esta parte del estudio¹⁹⁶. Así, el autor, desde una perspectiva amplia e iniciática, sustenta que se ha de tener como actividad administrativa al conjunto de tareas materiales e intelectuales que produce efectos jurídicos a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos. Para el orden presupuestario interesan los actos administrativos y los actos de simple administración. Estos últimos, según el artículo 70 del ERJAFE, *son toda declaración unilateral interna o interorgánica realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia*. Sirven al proceso de formación de la voluntad estatal.

¹⁹⁶ Gastón Alexander Velásquez Villamar, *Conceptos jurídicos básicos del Derecho Administrativo ecuatoriano*, Investigación inédita efectuada para la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Quito, 2009.

Para discernir la naturaleza del presupuesto, no basta con la calificación constitucional de *instrumento*, sino que es imprescindible detenerse en su formulación y aprobación. En esas actividades públicas intervienen la Función Ejecutiva y la Asamblea Nacional. A la primera, en conformidad a los artículos 147 numeral 8, 294 y 295 constitucionales, corresponde, *elaborar cada año la proforma presupuestaria anual y la programación presupuestaria cuatrianual* y presentarlas a la Asamblea Nacional, la que, en cumplimiento de dichas normas y la del artículo 120 numeral 12, compete aprobar u observar tales instrumentos, los cuales han de adecuarse *a la Constitución, a la ley y al Plan Nacional de Desarrollo*. Se ve con prístina claridad que la participación de ambas funciones del Estado es gravitante. Mal cabría sostener que la intervención de la Asamblea es puramente nominal y que la de la Función Ejecutiva es la definitiva. Se trata de un procedimiento singular que puede calificarse de administrativo-legislativo, producido por dos poderes del Estado. El presupuesto no es una ley, ni tampoco un acto administrativo. De ahí que la acción de protección, que es de amparo o de tutela, según se la ha conocido en el derecho comparado, en tratándose de la impugnación al presupuesto sea procedente sin perjuicio de lo que reza el numeral 4 del artículo 42 de la LOGJCC, norma ya mencionada y que establece los casos en que no procede la indicada acción. Entre ellos los actos administrativos cuando puedan ser impugnados por la vía judicial. Este mandato no concierne al presupuesto que no es un acto administrativo sujeto a la vía judicial. Se debe señalar que el propio numeral dice que el requisito de la vía judicial previa no es exigible para la acción de protección cuando se demuestre

que semejante vía no fuere adecuada y eficaz. Allí encaja el caso atinente al presupuesto que, por lo dicho, puede ser atacado con la acción de protección.

Coadyuva al criterio antes sustentado, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional del Ecuador, contenido en la Resolución 218-2006 A, en el cual, refiriéndose a la acción de amparo en la Constitución de 1998, de protección en la Constitución de 2008, zanja la duda de que si se debía previamente agotar la vía judicial. Se entiende, que ni antes ni ahora, cabe tal exigencia, según queda demostrado en líneas anteriores. El pronunciamiento, en su parte medular, es como sigue:

A diferencia de otros ordenamientos constitucionales, nuestra Constitución considera el amparo como mecanismo idóneo no residual de defensa de los derechos constitucionalmente protegidos, que al ser vulnerados por actos ilegítimos de las autoridades públicas puedan provocar daños graves. En consecuencia, la acción de amparo constitucional busca evitar que las persona naturales o jurídicas sufran daños que no se encuentran jurídicamente obligados a soportar; y esto se inscribe perfecta y lógicamente con el fin del Estado de garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, por lo que no es necesario que se agoten las instancias administrativas o judiciales de forma previa a la presentación de una acción de amparo, ni es necesario tampoco, que los daños o los efectos de las actuaciones ilegítimas puedan ser reparados únicamente en esas instancias.

Si bien el ánimo constitucional es no diferenciar entre los varios tipos de derechos según ocurría anteriormente y al efecto, de modo expreso, el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución previene que: *Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*, su desarrollo será progresivo. Así lo contempla el numeral 8 del propio artículo cuando dice: *El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas*. El escenario a tomar en cuenta, para proponer la acción de protección, es de que preexistan definiciones sobre los derechos por cualquiera de esas vías: las normas, la jurisprudencia, las políticas públicas, las cuales no pueden ser desconocidas, ni menos tener efecto regresivo, según francamente lo reconoce el propio numeral 8, en la parte que dice: *Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de esos derechos*. Para que la acción u omisión sean justificadas, debería existir cambios debidamente efectuados en las normas, en la jurisprudencia, en las políticas públicas.

No sin dejar de advertir que *ab initio* la Constitución, en el Capítulo referente a los Principios de Aplicación de los Derechos, reconoce su justiciabilidad en el inciso tercero del numeral 3 del artículo 11 de la Constitución, cuando expresa: *Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento*, a menester reconocer, que la propia Constitución, respecto del

gasto público, ha puesto énfasis en determinados y singulares derechos, cuales son los correspondientes a las preasignaciones presupuestarias permitidas excepcionalmente y que se encuentran señaladas en el artículo 298 de la Constitución, así como los que por ser prioritarios pueden ser financiados con ingresos no permanentes, en los términos del artículo 286, inciso segundo de la Constitución. De cuanto queda dicho en este párrafo se ha de inferir que la acción de protección tan maltratada en el numeral 4 del artículo 42 de la LOGJCC procede según el inciso tercero del numeral 3 del artículo 11 constitucional antes enunciado, debiéndose concluir que el sistema nacional consagra por un lado la justiciabilidad de los derechos y garantías generales, y por otro lado la justiciabilidad de los actos administrativos en consonancia con el artículo 173 de la propia Constitución. Se ha de inferir también que, frente al gasto público, existen derechos especialmente protegidos por el entorno constitucional. Es pertinente referirse a ellos.

2.4.3.1. Preasignaciones para los gobiernos autónomos descentralizados.

Entre las preasignaciones del artículo 298 mencionado, destacan en primer lugar las destinadas a los gobiernos autónomos descentralizados. El Ecuador es un Estado unitario que *se gobierna de manera descentralizada*. Este carácter quedó reconocido en la Constitución de 1998 en la que se proclamó que el gobierno es de administración descentralizada. Son diferentes matices que permiten aseverar que se procura acentuar la autonomía y la descentralización de determinados entes con referencia al Estado central. Se reconoce la existencia de

regiones, provincias, cantones y parroquias rurales que serán gobernados, en su orden, por consejos regionales, consejos provinciales, concejos cantonales y distritos metropolitanos y juntas parroquiales rurales. Se prevé un régimen especial para la Provincia de Galápagos y en general se potencia el sector rural. La Constitución precautela la efectiva autonomía y descentralización al estatuir asignaciones a favor de las entidades aludidas en el orden del 15% de las rentas del Estado. Tania Arias Manzano sobre el particular manifiesta que lo que se pretende con ello *es modificar una realidad de desarrollo desigual, centralismo e injusticia territorial*. Respecto de los recursos económicos indica: *Los gobiernos autónomos descentralizados podrán generar sus propios recursos financieros y participarán de las rentas del Estado, de acuerdo con principios de subsidiariedad, solidaridad y equidad. Se establece la participación de al menos del 15% de los ingresos permanentes y de un monto no inferior al 5% de los no permanentes correspondientes al Estado central. Se resalta que las asignaciones serán predecibles, directas, oportunas y automáticas, por transferencia desde la cuenta única*¹⁹⁷. Para generar sus propios recursos los gobiernos autónomos descentralizados, salvo las juntas parroquiales rurales, se encuentran imbuidos de una potestad tributaria o de creación de tributos que podríamos considerar residual. Pueden libre y autónomamente crear tasas por servicios y contribuciones especiales de mejora. No pueden crear impuestos, contribuciones por gasto, ni menos aranceles a la importación o exportación de mercaderías. Sin embargo pueden ser beneficiarios de impuestos que creados por el Estado son

¹⁹⁷ Tania Arias Manzano, *¿Hacia un nuevo ordenamiento territorial? De la descentralización a la carta a competencias explícitas y obligatorias. El régimen autónomo descentralizado aprobado en Montecristi*, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana en perspectiva*, Ministerio de Justicia, Quito, 2008, p. 238 y 239.

aplicados por esos entes¹⁹⁸. Los concejos cantonales o municipalidades instaurados durante la colonia española y cuya existencia es anterior a la República se financian con variados impuestos entre los que destacan los Impuesto Prediales Urbano y Rural, el Impuesto de Alcabalas a la transferencia de bienes inmuebles, el Impuesto a la Utilidad en la venta de bienes inmuebles, el Impuesto de Patente al ejercicio de actividades económicas, El Impuesto del cinco por mil a los activos de las empresas, El Impuesto a los Espectáculos Públicos, el Impuesto al Juego y el Impuesto al rodaje de vehículos. Además, los gobiernos autónomos pueden cobrar precios por servicios que no tengan la condición de públicos. Pese a todo ello, su derecho a participar de los ingresos del Estado de carácter constitucional, es intangible y corresponde al modelo de Estado que se ha establecido y que se procura. Por lo dicho cabe proponer la cuestión de si los gobiernos autónomos descentralizados podrían enderezar en contra del Estado central acciones tendentes a que en el presupuesto consten las asignaciones que representen su derecho a participar en los ingresos del Estado y a que se efectivicen las mismas.

En conformidad con el artículo 192 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COTAD, el montante de la participación y por tanto de las transferencias del Estado central a los gobiernos autónomos descentralizados es el 21% de los ingresos permanentes y el 10% de los no permanentes del presupuesto general del Estado el cual se deberá

¹⁹⁸ José Vicente Troya Jaramillo, *El nuevo Derecho Constitucional Tributario Ecuatoriano*, Inédito, Versión actualizada al 2011.

incrementar anualmente, encontrándose prohibida su reducción. Ello significa que, si fuere del caso, podría presentarse en el futuro un escenario de decremento de los recursos del Estado y de incremento porcentual de los que corresponden a los gobiernos autónomos descentralizados. Además, en caso de transferencia de competencias a estos gobiernos o en caso de explotación de recursos naturales no renovables en sus territorios, tendrán derecho a mayores asignaciones. Estos extremos obran en los artículos 270 a 274 de la Constitución y se encuentran desarrollados en forma particularizada en el COTAD el cual señala los criterios de distribución tomándose en cuenta el tamaño de la población, la densidad de la población, las necesidades básicas insatisfechas y jerarquizadas, los logros en el mejoramiento de los niveles de vida, la capacidad fiscal o de generación de ingresos propios, el esfuerzo administrativo y el cumplimiento de metas del Plan Nacional de Desarrollo y del plan de desarrollo de cada gobierno autónomo. Si el caso lo amerita, dentro de este entorno, fluye que los gobiernos descentralizados autónomos, en conocimiento de cuál es su participación, puedan proponer la correspondiente acción de protección.

2.4.3.2. Preasignaciones para la salud.

Para entender a cabalidad la importancia que las preasignaciones tienen en el presupuesto general de los estados, es necesario tener en claro el verdadero alcance que el derecho a la salud, tiene dentro del marco de los derechos humanos. En ese sentido vale la pena hacer breve referencia a criterios de la Organización de las Naciones Unidas, organismo que a través del Comité de

Derechos Económicos, sociales y culturales, manifiesta que si bien frecuentemente se asocia el derecho a la salud con el acceso a la atención sanitaria y la construcción de hospitales, el derecho a la salud es algo más, se trata de un derecho inclusivo y comprende un amplio conjunto de factores que pueden contribuir a una vida sana. El referido Comité que es el órgano encargado de llevar a cabo el seguimiento al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denomina los siguientes “factores determinantes básicos de la salud”: agua potable y condiciones sanitarias adecuadas, alimentos aptos para el consumo, nutrición y vivienda adecuadas, condiciones de trabajo y un medioambiente salubres, educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud: igualdad de género. Adicionalmente el derecho a la salud comprende algunos derechos de entre los cuales se destaca: el derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a todos y todas iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud, el derecho al acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos; trasciende además el derecho a la participación de la población en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional. Cada Estado debe tener disponibles un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud, y centros públicos de atención a la salud, deben ser físicamente accesibles, es decir deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población y también desde el punto de vista económico, sin discriminación alguna.¹⁹⁹

¹⁹⁹ Cfr. Tomado y adaptado del Folleto informativo N° 31, EL derecho a la salud, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Fctsheet31sp.pdf> citado en Oficina del Alto Comisionado

La Organización de las Naciones Unidas en 2010 elaboró un conjunto de recomendaciones dirigidas al Ecuador en calidad de Estado Parte a través de sus distintas comisiones para garantizar el cumplimiento de este derecho dentro del marco constitucional vigente, así se destacan recomendaciones relativas al presupuesto y sus asignaciones destinadas para la salud. El Comité de Derechos económicos, sociales y culturales en su recomendación número 54 *exhorta al Estado parte a que asigne un mayor porcentaje del producto interno bruto al sector salud*. El Comité de los Derechos del Niño por su parte *recomienda que el Estado Parte, habida cuenta de los artículos 3 y 4 de la Convención adopte todas las medidas necesarias hasta donde lleguen los recursos disponibles para que se suministre una asignación presupuestaria suficiente a los servicios destinados a los niños y se preste especial atención a la protección de los derechos de los niños que pertenezcan a grupos desfavorecidos [...] alienta al Estado Parte a seguir aumentando el nivel de inversión social, manteniendo su sostenibilidad e intentando cumplir con el mandato constitucional de la salud....* Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, se ha permitido recomendar que a los Estados Parte a que asigne recursos suficientes para la plena aplicación de facto de la Ley de Maternidad Gratuita y adopte medidas para garantizar que todas las mujeres accedan fácilmente a servicios de salud de buena calidad, que tengan en cuenta las diferencias culturales²⁰⁰.

Naciones Unidas, *Sistema de Recomendaciones 2004-2011*, en Ecuador y el Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU, Quito, Defensoría del Pueblo, 2011. Pg. 211

²⁰⁰ Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas, *Sistema de Recomendaciones 2004-2011*, en Ecuador y el Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU, Quito, Defensoría del Pueblo, 2011. Pg. 191-197.

Entre las preasignaciones figuran en sitio preferente las que conciernen al sector salud y gozan también de la ventaja de ser predecibles y automáticas. El artículo 32 de la Constitución define al derecho a la salud entre los que integran el derecho al buen vivir. Su contenido tiende a ser sumamente amplio en la medida que *su realización se vincula al ejercicio de otros derechos entre ellos el derecho al agua, la alimentación, educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir*. Sin embargo de esa vinculación, el derecho a la salud tiene su entidad propia, y en cuanto a su exigibilidad, no puede estar condicionado a otros derechos, los cuales sin duda tienen un carácter complementario. La garantía de este derecho se vierte en políticas y en la prestación de servicios. Entre los artículos 358 y 366, la Constitución regimienta de modo preciso varios aspectos atinentes a la salud. Entre ellos amerita destacar la rectoría del Estado a quién incumbe trazar las políticas, la existencia de una sistema nacional y una red integral, la universalización del servicio de salud, la incorporación del talento humano y la infraestructura, la atención a los grupos de atención prioritaria, el acceso a medicamentos de calidad. Los servicios públicos estatales de salud serán universales y gratuitos. *El financiamiento público será oportuno regular y suficiente y deberá provenir de fuentes permanentes del Presupuesto General del Estado; serán distribuidos con base a criterios de población y en las necesidades de salud*. La efectiva dotación de los servicios de salud que casi nadie duda que compete al Estado, que son parte principal del estado de bienestar, es un tema de difícil solución por la estructura que se supone y por los ingentes recursos que han de emplearse para satisfacer el universo total de necesidades de este campo.

A pesar de ello, el derecho de los particulares a gozar y exigir la prestación de ese derecho, igualmente, casi nadie discute, pese a la continua proliferación del seguro privado que ampara los riesgos de salud, cuyas primas están fuera del alcance de la mayoría de la población o juegan un papel complementario del Estado en los estratos medios y altos. En el país, las políticas de salud son de competencia intransferible del Estado central, según el numeral 6 del artículo 261 constitucional. Con todo y ello, el derecho a la salud es también servido por el Seguro Universal Obligatorio que entre otras, ampara las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad que se brindarán dentro de la red pública integral de salud, al tenor del artículo 369 de la Constitución. El Sistema de Seguridad Social es autónomo y sus recursos y gastos no integran el presupuesto general del Estado. Aunque se pretende extender el Seguro Social a toda la población urbana y rural, quienes tienen derecho a tales beneficios son los que efectivamente se encuentran afiliados, así como los jubilados. Además se encuentran reconocidos en la Constitución los sistemas autónomos de seguridad social de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas. El derecho a la salud, inclusive su justiciabilidad, habría que hacerla valer ante el Estado central, o ante los Sistemas de Seguridad Social aludidos.

Por su trascendencia, el derecho a la salud ha sido objeto de análisis, amerita hacer referencia a los mismos. Diego López Medina en un importante estudio sobre el derecho de la salud en Colombia, señala el decisivo rol de los

jueces en su consolidación²⁰¹. El autor subraya el derecho de los ciudadanos individuales frente al sistema de salud. Lo hace en los siguientes términos: *Desde otro punto de vista, sin embargo, se empezó a hablar crecientemente del “derecho a la salud” como el conjunto de reclamos que podían hacer válidamente los ciudadanos individuales frente a su sistema de salud, a partir de la propia Constitución y del desarrollo que este mismo derecho ha tenido en el Derecho Internacional de los Derecho Humanos. Y observando desde la temática del “derecho a la salud”, prevalece una visión más individual de la cuestión, enfocada en el disfrute personal de derechos para el caso concreto y en la resolución autoritativa de conflictos al interior del sistema.* López Medina no desconoce las dificultades económicas y técnicas que entorpecen el goce de ese derecho. Habría que inferir de su discurso que los beneficiarios del derecho a la salud tendrían que someterse a las modulaciones del sistema que por necesidad de su operatividad contempla restricciones a las que se han de someter quienes gozan del derecho a la salud. Así el estudioso paladinamente reconoce por los ingentes gastos que habría que erogar, *Un sistema de salud no es pagable ni siquiera en las sociedades más ricas, bajo el modelo de “todo para todos”.* Advierte el estudioso que es necesaria la política de contención de costos, que en varios casos los pacientes pretenden ser *sobre tratados*, que lo posible y operativo es diseñar un paquete básico de servicios de salud, que un criterio es el que preconiza lo indispensable para los pobres, que, según advierte Londoño, a quién cita, *un paquete esencial promueve tanto la equidad como la eficiencia de*

²⁰¹ Diego López Medina, *El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina*, en la Protección Judicial de los Derechos Sociales, Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009, p. 375 y siguientes.

asignación de recursos. Parte importante del análisis concierne a las normas legales y constitucionales vigentes en los últimos años en Colombia, y al rol de la Corte Constitucional, que, de modo predominante, se ha pronunciado por *la aplicabilidad directa y la justiciabilidad en sede judicial* de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, y entre ellos el de la salud. La Constitución del Ecuador protege el derecho a la salud en los términos antes señalados, por lo que no debe existir duda sobre su justiciabilidad. Es interesante anotar que, en la Constitución de 1998, se previó que el financiamiento de la salud sería del Estado y de las personas que tengan capacidad económica para financiar los servicios de salud que se les dispense. En lo que corresponde al Estado se estableció un tratamiento preferencial. El artículo 46 dice en la parte pertinente: *La asignación fiscal para la salud se incrementará anualmente en el mismo porcentaje en que aumenten los ingresos corrientes totales del presupuesto del gobierno central. No habrá reducciones presupuestarias en esas materias.*

El derecho a la salud se encuentra garantizado por convenios internacionales adoptados por Ecuador, los cuales tienen un decidido apoyo constitucional. El numeral 1 del artículo 3 de la Constitución, entre los deberes primordiales del Estado, consigna el garantizar sin discriminación alguna los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, particularmente, entre otros, el referente a la salud. Miguel Carbonell alude al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales cuyo principal enunciado es que los Estados Partes reconocen *el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y*

mental. Refiriéndose a las obligaciones del Estado subraya la prohibición de regresividad en el derecho a la salud. Da razón de las obligaciones básicas que a juicio del Comité que gobierna el Pacto, deben cumplir los Estados en orden a satisfacer el derecho a la salud, las que conforman su contenido mínimo. Igualmente, refiere las que denomina obligaciones prioritarias²⁰². Este cúmulo de compromisos que adquiere el Estado, tiene su reflejo en el extraordinario incremento del presupuesto, que según queda expuesto, en base a la experiencia colombiana, tiene sus limitantes que deben ser asumidas por los beneficiarios de los sistemas de salud.

La base principal del derecho a la salud en Argentina deriva de los instrumentos internacionales. Víctor Abramovich y Christian Courtis en su estudio sobre la justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina, tocan el derecho a la salud y se refieren preferentemente a la jurisprudencia sentada sobre el tema²⁰³. Entresacamos algunos pronunciamientos importantes demostrativos de la justiciabilidad de este derecho. Así, *La Corte Suprema ha sostenido que el derecho a la salud impone obligaciones positivas –y no sólo obligaciones negativas- al Estado*. Sobre la posibilidad de reclamaciones, dice: *El incumplimiento por parte de la Administración de obligaciones establecidas por la ley, en especial de aquéllas que imponen el acceso a tratamiento o medicación, abren la posibilidad de reclamo individual o colectivo por parte de las víctimas a efectos de exigir su cumplimiento*. En el caso a más de la

²⁰² Miguel Carbonell, *El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos*, en La Protección Judicial de los Derechos Sociales, *Ibídem* p. 173 y siguientes.

²⁰³ Víctor Abramovich; Christian Courtis, *La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias*, en La Protección judicial de los derechos sociales, *Ibídem*, p. 203 y siguientes.

Constitución y de los instrumentos internacionales, preexiste una ley específica. Tiene particular importancia por referirse a la órbita financiera el pronunciamiento que manifiesta que *los Estados Partes se han obligado, “hasta el máximo de los recursos” de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado*. Se alude al Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. También en Ecuador, para viabilizar el derecho constitucional a la salud, a más de los preceptos constitucionales y los que obran en instrumentos internacionales, ha debido expedirse leyes específicas que reconocen situaciones generales y particulares de los beneficiarios y que directa o indirectamente atañen al orden financiero, y por ende a la justiciabilidad de este derecho²⁰⁴. Frente a las acciones negativas o de prevención del Estado, todos ostentamos igual derecho. Frente a las acciones positivas que ha de desenvolver la equidad exige tratamientos diferenciados, de acuerdo a la condición de los beneficiarios del derecho a la salud. Así, las normas diferencian entre mayores adultos, mujeres, adolescentes y menores adultos, niños, personas especiales, personas que sufren dolencias singulares. Será necesario hacer un cruce y complementación de normativas, entre las que nacional o internacionalmente amparan a determinados grupos

²⁰⁴ La Ley Orgánica de Salud (Registro Oficial de 22 de diciembre de 2006, reformada el 13 de octubre de 2011), es la que tiene mayor alcance y generalidad en el Sector Salud. A modo de ejemplo, se cita el artículo 9 que literalmente reza en el encabezamiento y en la parte pertinente: *Corresponde al Estado garantizar el derecho a la salud de las personas, para lo cual tiene, entre otras, las siguientes responsabilidades- b) Establecer programas y acciones de salud pública sin costo para la población*. La Ley para la prevención y asistencia integral del VIH SIDA (Registro Oficial de 14 de abril de 2000), prevé en el artículo 5 literal b) que: *son deberes y atribuciones del Instituto Nacional del SIDA, Facilitar el tratamiento específico y gratuito a las personas afectadas con VIH/SIDA y las enfermedades asociadas al SIDA*. El artículo 10 de la Ley del Anciano, adulto mayor según la terminología de la Constitución de 2008, contempla el derecho de los ancianos abandonados a ser alojados en hospitales geriátricos.

humanos y contienen disposiciones sobre el derecho a la salud y las que directamente regulan el tema.

Sobre el principio de igualdad y de la interpretación de los conceptos de gratuidad y universalidad y atención integral, atinentes al derecho a la salud, siempre bajo la consideración de los límites y la real posibilidad de exigibilidad de este derecho, Ingo Wolfgang Sarlet y Mariana Filchtiner Figueiredo, en su estudio monográfico incluyen valiosas anotaciones que sirven para viabilizar su aplicación²⁰⁵. Sostienen que el acceso universal e igualitario impone el tratamiento desigual entre los desiguales. Expresan: *Parece razonable, que el acceso universal e igualitario a las acciones y a los servicios de salud debe ser conectado con una perspectiva substancial del principio de isonomía (que impone el tratamiento desigual entre y no significa derecho a idénticas prestaciones para todas las personas irrestrictamente), asimilada a la noción más corriente de equidad (en el acceso y en la distribución de los recursos de salud)*. En la misma línea, matizan y modulan la gratuidad que ha sido preconizada idealmente por buena parte de la doctrina. Al propósito consignan: *Al contrario de lo que defiende parte de la doctrina, a la universalidad de los servicios de salud, no trae como corolario inexorable, la gratuidad de las prestaciones materiales para toda y cualquier persona, así como la integridad de la atención no significa que cualquier pretensión tenga que ser satisfecha en términos ideales*. En lo referente a la real posibilidad de acceder a las instancias

²⁰⁵ Ingo Wolfgang Sarlet; Mariana Filchtiner Figueiredo, *Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988*, en *La Protección judicial de los derechos sociales*, Ibídem, p. 271 y siguientes.

judiciales, subrayan un hecho cierto, que podría ser aplicable al Ecuador, cual es el de que sólo una parte de los pobladores tienen acceso a la justicia, seguramente quienes cuentan con mayores recursos quedando en desprotección grandes segmentos de la población. Este punto es de carácter general, no únicamente atañe al derecho a la salud y debe ser afrontado por el Estado de modo integral. En consecuencia aconsejan la utilización de medidas preventivas de carácter colectivo, las cuales, obviamente, no enervan los derechos singulares de los particulares.

Pablo Alarcón Peña en su estudio *La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana*, comenta un caso sobre el derecho a la salud. A la sazón se encontraba vigente la Constitución de 1998, pese a lo cual los jueces del Tribunal Constitucional, Corte Constitucional, *apartándose a la restricción jurisprudencial vinculada a la violación de los derechos subjetivos protegió de manera efectiva y directa el derecho a la salud*. Alarcón Peña subraya varios aspectos positivos del pronunciamiento, cuales son: haberse hecho alusión a la teoría del derecho subjetivo; se reconoce la aplicación directa e inmediata de los derechos previstos en instrumentos internacionales; se otorgó efecto legal al derecho a la salud al disponer que el Estado estaba obligado a proporcionar medicamentos para los enfermos de VIH; se reconoce la conexidad entre los derechos a la salud y a la vida, mas no se la emplea para conceder el amparo, hoy de protección; se determinó expresamente la exigibilidad judicial directa del derecho a la salud; se rompió la autorrestricción del Poder Judicial frente a cuestiones políticas y técnicas; se reconoció que la

acción de amparo, hoy de protección, sirven para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales²⁰⁶.

Los gastos necesarios para satisfacer el derecho a la salud pueden exigirse a través de la justicia. Se debe diferenciar aquéllos que significan prevención respecto de los cuales pueden actuar preferentemente los colectivos a fin de obtener que se prevean en el presupuesto las partidas que sea necesarias al intento y para que se efectivicen las asignaciones; de aquellos otros que miran al interés particular y que se traducen principalmente en la prestación de servicios médicos y medicinas, con las limitaciones que se ha referido, debiendo los beneficiarios, en cada caso, atenerse a esas limitaciones como requisitos para exigir sus derechos

Conexo con el derecho a la salud, es pertinente referirse al derecho al agua. La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, en la sentencia T-418-10, reconoce que aunque el derecho al agua no es un derecho constitucional autónomo, se encuentra entre los derechos fundamentales que debe ser protegido por un Estado social y democrático de derecho. Subraya además que se ha de proteger especialmente a *los últimos de la fila* que para el caso del acceso a agua potable apta para el consumo humano, son las personas de bajos recursos de las áreas rurales. Revoca las sentencias de primera y segunda instancia que habían negado la tutela y ordena a la Alcaldía de

²⁰⁶ Pablo Alarcón Peña, *La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana*, en *La protección judicial de los derechos sociales*, *Ibíd*em, p. 617 y siguientes.

Arbeláez que adopte las medidas necesarias para diseñar un plan específico para la comunidad rural a la que pertenecen los accionantes, para asegurarles que no sean los últimos de la fila en acceder al servicio de agua. Se dispone que el plan deberá contener fechas y plazos precisos que permitan su seguimiento. Además se prevé la participación de las personas afectadas en el diseño y ejecución del plan. Es muy importante la fundamentación del fallo, que se despliega en los siguientes términos:-

En conclusión (i) una persona puede reclamar mediante acción de tutela que se le proteja judicialmente aquellas dimensiones del derecho al agua que comprometan su mínimo vital en dignidad (ii) Toda persona tiene derecho a que la Administración atienda adecuadamente su petición de acceder al servicio de agua, y a que por lo menos, exista un plan que asegure progresivamente, el goce efectivo de esa dimensión del derecho al agua. Esta dimensión positiva del derecho al agua supone: () contar con un plan, (**) que permita, progresivamente, el goce efectivo del derecho, y (***) que posibilite la participación de los afectados en el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan, en este caso en los términos de las leyes vigentes que desarrolla la Constitución en este ámbito. (iii) Las personas que habitan en el sector rural y tiene limitados recursos económicos, tienen derecho a ser protegidas especialmente, asegurándoles que no sean los “últimos de la fila” en acceder al agua potable. (iv) Mientras se implementa el plan que asegure el goce efectivo de los derechos a los accionantes, deberán adoptarse medidas paliativas*

que aseguren algún mínimo acceso de supervivencia a agua potable. (v) Se viola el derecho al agua de una persona, al emplear los trámites y procedimientos ante la administración como obstáculos para impedirle acceder al servicio de agua. (vi) Reconocer que se desconoce un derecho constitucional no es una razón que pueda ser usada como justificación para desconocer otro derecho constitucional.

En la Constitución del país de 2008 se regulan varios aspectos sobre el agua. El inciso segundo del artículo 411 declara la prioridad del consumo humano. Dice la norma: *La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua.* Se infiere que en Ecuador cabría que se proponga acción de protección en casos similares al antes mencionado resuelto por la Corte de Colombia, aunque ello suponga la erogación de ingentes sumas de dinero a cargo del Estado.

2.4.3.3 Preasignaciones para la educación.

Para comprender el alcance e importancia del derecho a la educación y su directa vinculación con el presupuesto estatal, previamente conviene comprender el alcance y contenido de este derecho, para lo cual es apropiado remitirse a los criterios de la Organización de las Naciones Unidas entidad que en base a lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara que:

[...] la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económicamente y socialmente marginados a salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. Está cada vez más aceptada la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero su importancia no es únicamente práctica pues disponer de una mente instruida, inteligente, y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana²⁰⁷.

Al igual que en lo relativo al derecho a la salud, la Organización de las Naciones Unidas en 2010 elaboró un conjunto de recomendaciones dirigidas al Ecuador en calidad de Estado Parte a través de sus distintas comisiones para garantizar que el cumplimiento del derecho a la educación dentro del marco constitucional vigente; así el Comité de los derechos del niño de la Organización de las Naciones Unidas alienta al Estado Parte a seguir aumentando el nivel de inversión social, manteniendo e intentando cumplir el mandato constitucional respecto de la salud y la educación, así como la plena financiación de la Agenda Social de la Niñez y Adolescencia y los programas y la agenda para la niñez

²⁰⁷ Pfr. Tomado y adaptado de la Observación General N°13, CDESC, El derecho a la educación (artículo 13) http://www.escrnet.org/resources_more/more_show.htm?doc_id=428712&parent_id=425976 Citado en Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas, *Sistema de Recomendaciones 2004-2011*, en Ecuador y el Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU, Quito, Defensoría del Pueblo, 2011. Pg. 211

conexos. Adicionalmente, en base a lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, recomienda que se tome todas las medidas necesarias, hasta donde lleguen los recursos disponibles, para que se suministre una asignación presupuestaria suficiente a los servicios destinados a los niños y se preste especial atención a la protección de los derechos de los niños que pertenezcan a grupos desfavorecidos.²⁰⁸

Según el artículo 298 constitucional, las preasignaciones, que según queda manifestado comportan prioridad en el gasto, incluyen también a la educación en general y a la educación superior en particular. En la Constitución de 1998 se prevé un porcentaje del presupuesto para educación. Su artículo 71 señala: *En el presupuesto general del Estado se asignará no menos del treinta por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central para la educación y la erradicación del analfabetismo.* La Constitución vigente considera a la educación un área prioritaria de la política pública y de la inversión social; consagra la obligatoriedad de la educación inicial básica y de bachillerato; contempla la gratuidad de la educación pública hasta la educación superior. Se exceptúa de este tratamiento al postgrado. Refiriéndose a la jurisprudencia argentina Abramovich y Curtis, dan cuenta de algunos casos sobre el derecho a la educación. Basándose en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Corte Suprema y resolvió *que mantener el sistema educativo previo afectaría el*

²⁰⁸ Pfr. Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas, *Sistema de Recomendaciones 2004-2011*, en Ecuador y el Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU, Quito, Defensoría del Pueblo, 2011. Pg. 220.

derecho de los niños a proseguir sus estudios en otras provincias y los pondría en desventaja en la búsqueda de ciertos puestos de trabajo. En el caso, la Provincia de Tucumán pretendió imponer un sistema educativo particular. En otro caso, en base a la Convención de los Derechos del Niño, la Corte Suprema obligó al Gobierno a otorgar un subsidio a un niño con discapacidad. Tribunales de segunda y primera instancia dispusieron que se atiende a educación bilingüe y que se construyera una escuela²⁰⁹. Carlos Rafael Urquilla Bonilla señala varios pronunciamientos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica atinentes al derecho a la educación. Se hace referencia a ellos: constituye infracción al acceso a la educación, impedir que un niño que no cumple la edad requerida, no sea admitido a la educación preescolar si tiene condiciones para el efecto; *igualmente ha estimado violenta el derecho a la educación que una entidad educativa tenga para un nivel lectivo específico, una cantidad determinada de estudiantes a quienes no les asegure el cupo para el nivel siguiente*; ha estimado ilegítima la exclusión de una alumna por encontrarse en estado de gravidez²¹⁰. Del ensayo de Ramiro Ávila Santamaría, se toma el razonamiento de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso *Brown v. Board of Topeka* respecto de la importancia del derecho a la educación. Dice:

Actualmente, la educación es tal vez la más importante función del estado y de los gobiernos locales. La obligación de la educación primaria y los grandes gastos para la educación demuestran el

²⁰⁹ Abramovich; Courtis, *Ibíd.*, p. 233 y 234

²¹⁰ Carlos Rafael Urquilla Bonilla, *Los derechos económicos sociales y culturales en Costa Rica*, en *La protección judicial de los derechos sociales*. *Ibíd.*, 428 y siguientes.

reconocimiento de la importancia de la educación en nuestra sociedad democrática. La educación es un requisito para el ejercicio de cualquier responsabilidad social y pública, incluso en el servicio militar. Es la base para una buena ciudadanía. Actualmente es el principal instrumento para el despertar del niño a los valores culturales, para prepararle para la posterior formación profesional y para ayudar a la persona a adaptarse con normalidad al medio. En estos días, no es posible que un niño pueda razonablemente triunfar en la vida si se le ha negado la oportunidad de una educación. Esta oportunidad, que el estado tiene la obligación de ofrecer, es un derecho que tiene que ser accesible a todas las personas en condiciones de igualdad²¹¹.

Según el artículo 39 de la Constitución, el Estado garantiza a los jóvenes entre otros derechos la educación. En el artículo 340 dentro del Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social se detalla que el mismo concierne a la educación, salud, seguridad social, gestión de riesgos, cultura física y deporte, hábitat y vivienda, cultura, comunicación e información, disfrute del tiempo libre, ciencia y tecnología, seguridad humana y transporte. En todos estos derechos, con menor o mayor grado de urgencia, se encuentra la posibilidad de que se exija al Estado el gasto público que sea menester.

²¹¹ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*, en *La protección judicial de los derechos sociales*, *Ibíd*em, p. 465.

En la sentencia T. 1330/00 la Corte Constitucional de la República de Colombia, concede la tutela impetrada por el estudiante Diego Fernando Arboleda Jaramillo y en consecuencia dispone que se le pague los valores correspondientes al crédito educativo condonable denominado Línea Especial Mejores Bachilleres Mención Andrés Bello, otorgada por el ICETEX, Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior. En el caso, según dice la sentencia:

El actor cumplió con todos los requisitos exigidos por el ICETEX entidad encargada de realizar el crédito, para hacer efectivos los desembolsos pero el Comité de Crédito Nacional de ese Instituto, a pesar de haber autorizado recursos hasta por \$ 500.000.000,00 (quinientos millones de pesos) para la línea especial mejores bachilleres Andrés Bello, no lo ha hecho efectivos por la carencia de recursos, toda vez que la Nación hasta la fecha no ha girado los dineros necesarios.

Lo anterior se constituye en una flagrante violación al derecho a la educación, pues ante el derecho que le asiste al actor de recibir una educación adecuada, integral y completa, lograda por sus méritos y condiciones especiales reconocidas por el Ministerio de Educación, se impone el cumplimiento oportuno por parte de las entidades del Estado de las obligaciones contraídas con estos bachilleres brillantes, que no cuentan con los recursos suficientes para acceder a educación superior, además de garantizarles el adecuado cubrimiento de ese servicio

público y asegurarles las condiciones necesarias para la permanencia en el sistema educativo.

El artículo 366 de la Constitución señala, entre otros servicios públicos, el de la educación como objetivo fundamental del Estado, cuya finalidad social es el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el bienestar general, para lo cual en los planes y presupuestos de la Nación, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Fluyen dos acotaciones de significación, la protección a la educación superior, y no solo a la elemental y media, y el predominio de las políticas de gasto público sobre el orden meramente presupuestario.

2.4.3.4 Preasignaciones para la vivienda.

De entre aquellos derechos de cuyo cumplimiento depende en parte la integridad física de las personas, la salud y la dignidad humana, se destaca el derecho a la vivienda, Para comprender su contenido y alcance y sobre todo su relación con el gasto público, es apropiado remitirse a los criterios de la Organización de las Naciones Unidas, entidad que en base a lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos a través del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha subrayado *que el derecho a una vivienda adecuada no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo, debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad*

*en alguna parte*²¹². Las características del derecho a una vivienda adecuada constan de la Observación General N° 7 (1997) sobre desalojos forzosos. Fundamentalmente el derecho a una vivienda adecuada, abarca varias libertades la protección contra un desalojo forzoso, el derecho a ser libre de injerencias arbitrarias en el hogar, la privacidad y la familia, además del derecho a elegir residencia, determinar donde vivir, entre otros. Se destacan con gran importancia otros derechos contenidos, como son el derecho de seguridad a la tenencia, restitución de la vivienda, la tierra y el patrimonio, el acceso no discriminatorio y en igualdad de condiciones a una vivienda adecuada y el que más interesa al tema del gasto público el derecho a la participación en la adopción de decisiones vinculadas con la vivienda en el plano nacional y en la comunidad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11 dispone que los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento²¹³.

²¹² Tomado y adaptado del Folleto Informativo N° 21, El Derecho a una vivienda adecuada. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, www.ohchr.org/Documents/FS21_r_Housing_sp.pdf

²¹³ Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas, *Sistema de Recomendaciones 2004-2011*, en Ecuador y el Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU, Quito, Defensoría del Pueblo, 2011. Pg. 203

La Constitución ecuatoriana garantiza el derecho a la vivienda en el artículo 30 que dispone: Las personas tienen derecho a un hábitat seguro y saludable, y a una vivienda adecuada y digna, con independencia de su situación social y económica. Por otro lado dispone en el artículo 375 segundo inciso que El Estado ejercerá la rectoría para la planificación, regulación, control, financiamiento y elaboración de políticas de hábitat y vivienda. Para lo cual se entiende que la ejecución de tales políticas el Estado requiere necesariamente de presupuesto y por ende ha de incurrir en las erogaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de este derecho.

Finalmente, conviene conocer el criterio del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en su pronunciamiento del año 2004 recomendó a los Estados la creación de subvenciones para la vivienda de los ciudadanos, la recomendación número 52 señala: *El Comité exhorta al Estado Parte a que tome todas las medidas apropiadas para solucionar el problema de las personas sin hogar, dar acceso al crédito y a las subvenciones para vivienda a las familias de bajos ingresos, y a los grupos marginados y desfavorecidos, y mejorar el abastecimiento de agua y los servicios de saneamiento de las viviendas existentes*²¹⁴, en cuyo caso cada Estado parte se ha de remitir a su presupuesto general y a los mecanismos vigentes para la creación de las partidas presupuestarias necesarias para cumplir con esta recomendación. Cabe además señalar que al tratarse de un derecho humano y de carácter no patrimonial, sino

²¹⁴ Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas, *Sistema de Recomendaciones 2004-2011*, en Ecuador y el Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU, Quito, Defensoría del Pueblo, 2011. Pg. 207

más bien fundamental, se trata de un derecho justiciable y por ende los particulares que no han podido acceder a una vivienda por pertenecer a familias de bajos ingresos, o a grupos marginados y desfavorecidos, tienen el derecho a recurrir a la administración de justicia en las vías pertinentes para exigir al Estado el cumplimiento de su derecho fundamental a la vivienda, las condiciones y requerimientos deberán ser parte un análisis más profundo.

Además, el mencionado artículo 30 trae una innovación de interés relacionada con la vivienda, es el *derecho al disfrute pleno de la ciudad*. El artículo 375 indicado desarrolla el derecho al hábitat. De sus Ítems, destacan, en lo referente al gasto público, los contenidos en los numerales 4 y 5 que establecen que es deber del Estado mejorar la vivienda precaria, dotar de albergues y desarrollar planes y programas de financiación para vivienda de interés social. En efecto, en el país, en los últimos años, se ha creado un sistema de subsidios para vivienda social. La justiciabilidad de este derecho es discutible, singularmente en relación a los de la salud y de la educación, en los cuales es más fácil aceptar que los administrados puedan exigirlos. Sirve también de apoyo el comentario No. 4 de 1991, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, ECOSOC, que declara que el derecho a una vivienda adecuada, se entiende incluido en el artículo 11 (1) del Convenio sobre derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966²¹⁵. Corti alude el caso Mansilla tramitado ante la Sala Contencioso Tributaria y señala que la importancia de este litigio estriba en que se refiere a un derecho que tiene un desarrollo conceptual,

²¹⁵ A. H. Robertson and J. G. Merrills, *Human Rights in the World*, Ibídem, p. 275.

jurisprudencial y doctrinario menor que en otros derechos, como el derecho a la salud, al punto, prosigue el autor, que podría llegar a cuestionarse su existencia misma como derecho constitucional²¹⁶. En Ecuador, según queda visto, se encuentra admitido claramente el derecho a la vivienda con carácter constitucional. El punto en el cual puede surgir duda, es respecto de su justiciabilidad. Se trata de un *derecho en construcción*. La existencia de beneficiarios de ese derecho que ostentan condiciones sociales y económicas muy diversas, complica grandemente el tema.

Pese a lo manifestado, en cuanto a la dificultad de aceptar el derecho a la vivienda, existe jurisprudencia que sirve para su mejor clarificación. Christian Courtis da noticia sobre el particular²¹⁷. Así, la Corte Suprema de Bangladesh decidió, en el caso ASE-Bangladesh que antes de llevar a cabo el desalojo forzoso masivo de un asiento informal, el gobierno tenía la carga de desarrollar un plan para el reasentamiento., llevar a cabo los desalojos en forma gradual, y tomar en consideración las posibilidades de los desalojados de encontrar alojamiento alternativo. Además, decidió que las autoridades están obligadas a notificar previa y debidamente antes del desalojo. La Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso Port Elizabeth Municipality v. Varios Occupaiers, rechazó una demanda de desalojo forzoso iniciada por autoridades municipales contra sesenta y ocho personas residentes en un asentamiento sobre terrenos privados. El Tribunal consideró la solicitud de desalojo a partir de tres criterios, las

²¹⁶ Horacio G. Corti, *Derecho Constitucional Presupuestario*, LEXIS-NEXIS, Buenos Aires, 2008, p. 889.

²¹⁷ Christian Courtis, *Notas sobre la justiciabilidad del derecho a una vivienda adecuada*, en La protección judicial de los derechos sociales, *Ibídem*, p. 194-200.

circunstancias bajo las cuales ocuparon el terreno y erigieron sus casas los ocupantes, el periodo durante el cual residieron en el terreno y la disponibilidad de terreno alternativo para el reasentamiento y concluyó que, de acuerdo a las circunstancias del caso, la Municipalidad no había demostrado haber realizado ningún intento significativo de escuchar y considerar la situación de los ocupantes.

El Comité de Naciones Unidas contra la Discriminación Racial, CEDR considera la violación del derecho a la vivienda a través de la prohibición de la discriminación por motivos de origen racial. En el caso de la Sra. L. R, v. Eslovaquia debió examinar la decisión de una autoridad municipal eslovaca que derogó una política de vivienda destinada a satisfacer las necesidades habitacionales de la población roma. El Comité determinó que tal derogación afectaba de manera discriminatoria el derecho a la vivienda por motivos de origen étnico. El Comité Europeo de Derechos Sociales se ha pronunciado en similar sentido en los casos *European Roma Rights Center v. Grecia v. Italia y v. Bulgaria*. El Comité decidió que las prácticas de desalojos forzosos y la falta de políticas públicas destinadas a satisfacer las necesidades habitacionales en el caso, constituyen violaciones a los derechos a la vivienda y a la protección social, en relación con la prohibición de discriminación. Dentro de la rúbrica de no discriminar, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de una ordenanza municipal que prohibía el establecimiento de una residencia para personas discapacitadas en una determinada parea. En similar sentido, los tribunales federales de Estados Unidos reiteradamente han aplicado la Fair

Housing Act, Ley sobre Vivienda Justa, que prohíbe la discriminación en materia de vivienda contra cualquier persona por motivos de raza, color, religión sexo, discapacidad, estatus familiar u origen.

La adopción de políticas de vivienda también ha sido objeto de análisis jurisprudencial. En el caso Grootboom la Corte Constitucional de Sudáfrica, utilizó el estándar judicial de la razonabilidad para analizar la adecuación del plan de vivienda adoptado por la administración. La Corte declaró decidió que el plan de vivienda era irrazonable y por ende inconstitucional porque no tomaba en cuenta la situación de los grupos más vulnerables y permitía los desalojos forzosos sin ninguna previsión de resguardo o realojamiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Comunidad Mayagua y otros v. Nicaragua de 31 de agosto de 2001, Comunidad Indígena Yakie v. Paraguay de 17 de junio de 2005 y Comunidad Indígena Saramaña v. Belice de 28 de noviembre de 2007, ordenó que el Estado debía proceder a la titulación de las tierras ancestrales de las comunidades indígenas. La Corte de Belice dispuso que se aplicara el derecho y prácticas consuetudinarias. La Corte Constitucional de Colombia, de 22 de enero de 2004, en un caso que involucraba a 1150 familias desplazadas declaró que el fracaso generalizado del gobierno para cumplir las metas requeridas por la ley respecto, entre otros, al derecho a una vivienda adecuada constituía *un estado inconstitucional de cosas*, y ordenó la adopción de medidas administrativas y financieras para proveer inmediato resguardo a las familias desplazadas, abstenerse de aplicar medidas coercitivas de

retorno o relocalización y garantizar el retorno seguro a sus lugares de origen cuando las personas desplazadas manifestaran esa voluntad.

La jurisprudencia ha destacado la conexión del derecho a una vivienda adecuada con otros derechos humanos, como el derecho a la privacidad, la libertad de movimiento y residencia y el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos, degradantes. La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que los desalojos forzosos, los desplazamientos forzosos y la demolición de hogares y la exposición de la vivienda a condiciones médicamente insalubres pueden equivaler a la violación del derecho a la privacidad, del derecho al respecto de la vida de familiar y del domicilio, a la violación del derecho de propiedad y aún a la violación de la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

La Tercera Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia. En el caso T-74720, propuesto por Roberto Zúñiga Chapal, sentencia T-499-95, se pronuncia sobre el derecho a la vivienda. En efecto, el actor señala que se ha producido un trato diferenciado, pues, no se les entregó subsidios para vivienda, al igual que ocurrió en otras comunidades. El accionante solicitó al juez de tutela, entre otros aspectos, *que sean asignados los recursos solicitados por las comunidades que presentaron el debido perfil para mejoramiento de vivienda y entorno*. El juez de primera instancia resolvió *negar la solicitud de tutela presentada por el señor Roberto Zúñiga, en cuanto a los derechos de vivienda digna, por no ser este un derecho fundamental que pueda ser protegido a través*

de la acción de tutela. El juez basa su aserto en que el derecho a la vivienda digna tiene carácter prestacional y por ende no puede ser protegido mediante el ejercicio de la acción indicada. El Tribunal, de su parte, sustenta similar posesión cuando dice: *El derecho a la vivienda digna (C., artículo 51), es un derecho de prestación que no tiene el carácter de fundamental, y, por consiguiente, no es objeto de protección a través de la acción de tutela,* Lugo matiza su posición y manifiesta: *Por lo expuesto, si bien el derecho a la vivienda digna –como derecho prestacional- no tiene carácter fundamental, y por tanto, no es objeto de acción de tutela, no puede de plano descartarse que, al ser desarrollado legalmente, no puedan surgir por parte de las personas interesadas, reclamaciones y pretensiones de diversa naturaleza, fundadas en el derecho a la igualdad y a la participación.* En mérito de las consideraciones consignadas, la Corte en forma paladina, declara que se limitará a estudiar los derechos de igualdad y participación en el proceso de asignación de subsidios para el adecuamiento de la vivienda urbana. En efecto, en su resolución niega a tutela solicitada y precisa que no existe violación de los derechos aludidos. Según queda examinado en casos anteriores, el derecho a la vivienda digna presenta dificultades para su justiciabilidad, por lo que suele apalancárselo en otros derechos a efectos exigir su cumplimiento. Por lo demás, parece una asignatura pendiente de dilucidar, el postulado de si los derechos de sabor prestacional son o no exigibles ante la justicia.

2.4.3.5. Los derechos de la naturaleza en relación al gasto público.

Un caso particular es el de los derechos de la naturaleza previstos en Ecuador. Para comprender el contenido, alcance e importancia de los derechos de la naturaleza y consecuentemente del derecho a un medio ambiente sano conviene remitirse a los criterios de la Organización de las Naciones Unidas entidad que en base a lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos declara a través del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al realizar la Observación General N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socio económicos que promueven las condiciones, merced de las cuales las personas puede llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud como el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas y un medio ambiente sano, entre algunos otros²¹⁸. Dentro del Sistema de Recomendaciones del Sistema de las Naciones Unidas, se encomienda al Ecuador a socializar con las comunidades indígenas y sus representantes las leyes que controlen actividades relacionadas al uso, explotación o afectación de los recursos naturales; se recomienda además que en el caso de proyectos de extracción de recursos naturales, el Estado debe aplicar procesos de consulta con respecto a sus impactos sobre los derechos, tierras y territorios de las comunidades indígenas y a tomar todas las medidas de

²¹⁸ Pfr. Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas *Sistema de Recomendaciones 2004-2011*, en Ecuador y el Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU, Quito, Defensoría del Pueblo, 2011. Pg. 243-246.

mitigación de impacto, reparación y justa compensación a las comunidades afectadas.²¹⁹

El artículo 71 constitucional consagra el derecho de la naturaleza. Por su trascendencia se lo transcribe. Dice la norma: *La naturaleza o Pachamama donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.- Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda.- El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas y a los colectivos, para que protejan la naturaleza y promoverá el respeto a todos los elementos que forman el ecosistema.* Los artículos siguientes desarrollan en forma pormenorizada el derecho a la restauración y a las medidas de precaución y restricción. El cumplimiento de los derechos de la naturaleza y su restauración pueden suponer la erogación de sumas importantes por parte del erario. Quienes pueden exigir la satisfacción de esos gastos, son amplios sectores de la población. Bien se podría afirmar que aquí también se trata de una acción popular. La participación del Estado es aún mayor si se considera que entre los temas ambientales y los derechos de la naturaleza conforman un todo. Así lo reconoce Gudynas quién señala: *La nueva Constitución ecuatoriana presenta*

²¹⁹ Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas, *Sistema de Recomendaciones 2004-2011*, en Ecuador y el Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU, Quito, Defensoría del Pueblo, 2011. Pg. 241.

una gran cantidad de artículos que están directa o indirectamente referidos a temas ambientales. El marco básico incluye una sección sobre “derechos de la naturaleza”, junto a otra referida a los derechos ambientales de base ciudadana pero enfocados bajo la perspectiva del “buen vivir” o “sumak kawsay”²²⁰.

El connotado Profesor Raúl Zaffaroni coadyuva a la posición de quienes aceptan que la tierra asume la condición de persona. Sobre las constituciones de Bolivia y Ecuador anota: *Es clarísimo que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de persona, en forma expresa en la ecuatoriana y tácita en la boliviana, pero con iguales efectos en ambas; cualquiera puede reclamar sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que es primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos²²¹.*

Tiene importancia internacional el *Aguinda Case* en el cual María Aguinda y otros propusieron demanda en contra de Chevron Corporation por los daños ambientales causados con ocasión de la explotación de petróleo durante treinta años en la Amazonía ecuatoriana. Los demandantes solicitan el pago de seis billones de dólares por concepto de remediación de daños ambientales. Uno de los puntos más expectantes, expresado por la Empresa en su defensa es la alegación de que el Ecuador exculpó de responsabilidad a la demandada y de que el Estado ecuatoriano es corresponsable de los daños mencionados. Tal posición conllevaría un gasto público de magnitud y consecuencias impredecibles. El

²²⁰ Eduardo Gudynas, *El mandato ecológico, Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, ABYA YALA, Quito, 2009, p. 29.

²²¹ E. Raúl Zaffaroni, *La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia*. Inédito.

juicio contra la empresa transnacional Texaco, ahora Chevron Texaco fue interpuesto en 1993 por 30.000 colonos de cinco nacionalidades indígenas amazónicas del Ecuador (Siona, Secoya, Cofán, Huaorani, y Kichwa, para exigir la reparación de los daños causados a la salud y al ambiente por el uso de tecnología obsoleta y barata en las operaciones de explotación petrolera. La compañía construyó y operó pozos y estaciones de producción petrolera en la región norte de la Amazonía entre 1964 y 1992 en un territorio de 1.500.000 hectáreas aproximadamente donde vivían unas 80 comunidades indígenas. El caso fue tramitado durante más de 10 años e una corte federal de Nueva York que resolvió en mayo de 2003 que el mismo debía someterse a las cortes ecuatorianas. Tras este fallo los afectados presentaron una demanda contra Chevron Texaco en la Corte Superior de Nueva Loja, provincia de Sucumbíos, República del Ecuador. A esa fecha se estimó en seis mil millones de dólares el costo de la reparación ambiental, según el Frente de Defensa de la Amazonía. Antes de dejar el país la Empresa perforó 339 pozos, construyó 22 estaciones de producción y operó 15 campos petroleros dejando abandonadas 627 piscinas con desechos tóxicos. Durante su operación derramaron al ambiente 16,8 millones de galones de aguas tóxicas, 235 mil millones de pies cúbicos de gas quemados al aire libre. Según el frente de defensa de la Amazonía, la Empresa contaminó una amplia zona del territorio ecuatoriano botando desechos tóxicos y aguas de formación (desechos de aguas del proceso de explotación petrolera) en esteros y ríos. Se calcula que la cantidad de crudo y desechos derramados en el medio ambiente ecuatoriano es 30 veces mayor a la cantidad vertida en el desastre de famoso tanquero Exxon Valdez en las costas de Alaska. Luego de tres años

(2006) el gobierno del Ecuador acusó a la Empresa de fraude en su programa de remediación, mientras que el frente de defensa de la Amazonía pidió al Departamento de Justicia de los EE UU que investigue actos de corrupción por parte de Chevron. En el 2009, Chevron pidió a intervención de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya con el fin de transferir al Ecuador la responsabilidad por el potencial resultado de un caso ambiental entre un grupo de indígenas ecuatorianos y Chevron. Según la Empresa el Ecuador deberá pagar una compensación de 700 millones. El valor que fuere fijado finalmente en el correspondiente laudo, debería disminuirse en un porcentaje aproximado al 87% tomando en cuenta la legislación tributaria aplicable a los contratos vigentes a la época de su ejecución²²².

Radicado el caso en la jurisdicción ecuatoriana, el perito Richard Cabrera calculó que la indemnización a cargo de la Empresa alcanza a veinte y siete mil millones de dólares. Es de advertir que las comunidades indígenas afectadas decidieron proseguir el caso afirmando que su demanda no proviene del gobierno, pese al acta de finiquito firmada entre éste y la Empresa en 1998. Los jueces de la Corte de Nueva Loja ha expedido sentencias en primera y segunda instancia en contra de la Empresa, la cual se niega a reconocer la legitimidad de las mismas e insiste en que el caso se someta a la vía arbitral.

²²² Datos obtenidos de materiales de la Procuraduría General del Estado.

2.4.3.6. Jurisprudencia relevante.

Pese a la falta de fondos operativos, la jurisprudencia, con diversos matices, se ha inclinado a aceptar que se deben atender demandas en las cuales se reclama la aplicación de derechos fundamentales. Corti, a quién se sigue en esta parte, alude a casos ocurridos en Estados Unidos, Argentina, Alemania, Brasil Y Colombia²²³. En Estados Unidos, en el caso *Wyatt-Stickney* iniciado en 1970 y concluido en 2003, se sostiene que la falta de recursos no es razón jurídica suficiente para justificar el cumplimiento del fallo. *La situación resumidamente expuesta es la siguiente. El punto de partida de la situación conflictiva fue de carácter tributario: la eliminación de un tributo a los cigarrillos destinado a financiar los servicios de salud mental del Estado de Alabama. Ello implicó reducciones presupuestarias y, para emplear una expresión típica de la experiencia latinoamericana un ajuste presupuestario en el Hospital Estatal Bryce, en Tuscaloosa, con la consiguiente reducción de profesionales y de medios materiales. La situación implicó que 5.200 pacientes vivieran en condiciones calificadas en ese momento de inhumanas. Wyatt internado en el Hospital, inicia la demanda ante un tribunal federal que declaró que las condiciones de vida en la institución no respetaban los derechos constitucionales de los pacientes a recibir un trato digno y una atención médica adecuada. La condena, además, implicó detalladas condiciones para la reformulación institucional del Hospital y un largo proceso de ejecución.*

²²³ Horacio G. Corti, *Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros*. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011. * Se utiliza también otras fuentes, particularmente, registros CD de la Corte Constitucional de Colombia.

El caso CFE vs. State of New York iniciado en los noventa y aún en curso se debate el sistema educativo de Nueva York a la luz de la Constitución de dicho Estado que consagra el derecho a una sólida educación. En una decisión fundamental de 26 de junio de 2003, la Corte de Apelaciones resolvió a favor de CFE y consideró que la causa de la deficiente educación residía en el sistema de financiamiento. La Corte condenó al Estado a determinar el costo presupuestario de un sistema educativo acorde a la pauta constitucional. Ante el incumplimiento del Estado el juez nombró un panel de árbitros que presentó un informe que consideró que el sistema educativo requería un financiamiento adicional de 5,63billoners de dólares de ayuda operativa y 9.2 billones para instalaciones. El informe de los árbitros fue aprobado por el juez quién ordenó al Estado proveer las sumas indicadas.

En el caso *Finney v. Arkansas* se manifiesta que *la falta de fondos no es una excusa aceptable para las condiciones inconstitucionales de encarcelación*. En el caso *Wiatt v. Aderholt* se resuelve que *el Estado no puede no proveer el tratamiento solo por razones presupuestarias*. En el caso *Gates v. Collier* se estatuye que *la escasez de fondos no es un justificativo para seguir denegando a los ciudadanos los derechos constitucionales*. En el caso *Jackson v. Bishop* se determina que *las consideraciones humanas y los requerimientos constitucionales hoy en día no pueden ser determinados limitados por consideraciones basadas en dólares*. En el caso *Hamilton v. Love* se expresa que *los recursos insuficientes nunca pueden ser una justificación adecuada para que el Estado prive a ninguna persona de sus derechos constitucionales*. Se consagra

claramente la primacía de los derechos fundamentales sobre las razones presupuestarias. Como colofón de este aparte, Corti individualiza tres cuestiones que vinculan el presupuesto, podría decirse el gasto, con los derechos fundamentales, cuales son la cuestión presupuestaria como defensa durante el proceso; la cuestión presupuestaria como defensa en la ejecución de las sentencias; y, la cuestión presupuestaria como objeto procesal. Estas cuestiones son orientadoras del actuar de los perjudicados en las vías administrativas y contenciosas y se revelan aplicables en el país.

En Argentina, la Corte Suprema, en el caso Rubén Badin, literalmente Corti comenta la sentencia recaída sobre el mismo y señala: Dado un derecho fundamental, no es una razón válida para justificar su lesión la existencia de carencias presupuestarias. Lo contrario implica de acuerdo a la contundente expresión de la Corte, Subvertir el Estado de Derecho²²⁴. Los párrafos más importantes se transcribe, pues, se trata de un *case leader* de gran significación:

La declaración indagatoria del jefe de la unidad resulta significativa demostración de las deficientes condiciones de la cárcel de Olmos. Allí se describen los sucesos del 5 de mayo y los trabajos realizados para sofocar el incendio y auxiliar a los internos pero, a la vez, se ponen de manifiesto las graves ineficiencias de la unidad, que albergaba que albergaba para entonces aproximadamente 3000 internos, excediendo notoriamente su

²²⁴ Horacio G. Corti, Derecho Constitucional Presupuestario, Lexis-Nexis, Buenos Aires 2008, p. 694 y siguientes.

capacidad, calculada en 1000. La declaración destaca la precariedad de las instalaciones eléctricas, el uso tolerado de calentadores que se utilizaban para cocinar ante la falta de suministro adecuado de alimentos y, en particular que “respecto de la carencia de elementos extintores y elementos contra incendio se ha insistido en reiteradas oportunidades, no solamente desde mi jefatura sino de jefaturas anteriores, la provisión de los citados elementos”.

Que resulta necesario recordar, a los fines de Ash solución del caso, que un principio constitucional impone que las cárceles tengan como propósito fundamental la seguridad y no el castigo de los reos detenidos en ellas, proscribiendo toda medida “que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija” (art. 18 CN).

La seguridad, como deber primario del Estado, no sólo importa resguardar los derechos de los ciudadanos frente a la delincuencia sino también, como se desprende del citado art. 18, los de los propios penados, cuya readaptación social se constituye en un objetivo superior del sistema y al que no sirven formas desviadas del control penitenciario.

*Que estas dolorosas comprobaciones, que es deber del tribunal destacar, **no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias** que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes poblaciones penales de las que pretende hacer mérito en su declaración quién fue jefe de la unidad de Olmos. El énfasis es añadido.*

Si el Estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa.

Por otro lado, las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5 inc. 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos). El énfasis es añadido.

La tesis mantenida en la sentencia es contundente. Las razones presupuestarias y de gasto público no prevalecen sobre la vigencia y aplicación de los derechos humanos. En el caso, los familiares de los detenidos que fallecieron en el incendio ocurrido en el penal de Olmos, demandaron al Estado el pago de daños y perjuicios. Los mismos les fueron concedidos por el alto Tribunal Argentino. Potencialmente, pueden ocurrir situaciones como las descritas en Ecuador por las difíciles condiciones del sistema carcelario. Hace pocos meses, por la acción del fuego y de las deficiencias del sistema, similares a las anotadas, murieron decenas de detenidos en la República de Honduras.

En el caso *Verbitsky*, la Corte reiteró su posición ante un hábeas corpus colectivo y manifestó que no se encuentra justificativo en la carencia de recursos económicos para atender las carencias de las poblaciones penales. Por su importancia se transcribe el considerando 28 de resolución²²⁵.

El caso de Alemania es el de la ponderación y la reserva posible. El principio surge en las restricciones para admitir estudiantes en medicina cuando se ha llegado a tener un *numerus clausus*. Entonces la jurisprudencia se inclinó por dar primacía a las razones presupuestarias. Gomes Canotilho, citado por Corti, explica que la reserva de lo posible se traduce en: total desvinculación jurídica del legislador; tendencia hacia cero de la eficacia jurídica de las normas constitucionales que consagran los derechos; gradualidad sobre la base y a partir de los límites financieros; y, **no exigibilidad judicial de las opciones legislativas en la medida que los programas político legislativos no son susceptibles de control constitucional**. El énfasis es añadido.

La posición de Brasil reinterpreta el principio de reserva de lo posible en base a la consideración del mínimo existencial. Corti alude a la decisión del

²²⁵ Que en este sentido si bien resultan atendibles algunas de las razones expuestas por el Poder Ejecutivo provincial, en cuanto a la carencia de recursos económicos para solucionar en el corto plazo los problemas planteados, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre el particular indicando que “esas dolorosas comprobaciones que es deber del Tribunal destacar no encuentran justificativos en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de la formación de personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales”..”Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar trasgresiones de este tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional receptados en el texto actual de aquella (art 5°, inc. 2° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos”

Supremo Tribunal Federal de 4 de mayo de 2004 con el relato a cargo del magistrado Celso de Melo. Se trataba de las directrices sobre salud a las que debía ajustarse el presupuesto. La parte más gravitante de la decisión, se la copia por ser de interés²²⁶.

Corti, refiriéndose a la posición del Brasil que es más dúctil que la de Alemania consigna las siguientes proposiciones: a) La cláusula de la reserva de lo posible no puede ser articulada para justificar el incumplimiento de obligaciones constitucionales vinculadas a los derechos fundamentales que protegen las condiciones materiales mínimas para una existencia digna; b) Los derechos económicos, sociales y culturales de rango constitucional imponen prioridades presupuestarias a los gastos públicos; c) En este ámbito la libertad de configuración del legislador se encuentra acotada por la Constitución; d) La invocación de la cláusula de reserva de lo posible, en las restantes situaciones requiere una comprobación objetiva de las incapacidades financieras del Estado; e) La comprobada limitación presupuestaria sólo justifica, para esos casos, que la efectivización de los derechos no sea inmediata; f) El legislador actúa de manera irrazonable cuando por omisión (inercia) u acción afecta el núcleo intangible que hace a la sustancia del conjunto irreductible de condiciones mínimas necesarias para su existencia digna; g) **Todos estos elementos son lo que le permite decir a la sentencia que el mínimo existencial asociado a unas respectivas**

²²⁶ Cabe advertir de este modo que la cláusula de la “reserva de lo posible” –salvo por la ocurrencia de un justo motivo objetivamente contrastable– no puede ser invocada por el Estado, con la finalidad de exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales especialmente cuando, de esa conducta gubernamental negativa, pueda resultar la anulación o, incluso, la aniquilación de los derechos constitucionales de un sentido de esencial fundamentalidad.

prioridades presupuestarias, puede convivir con la cláusula de reserva de lo posible. El énfasis es añadido.

Respecto de Colombia, Corti, señala que se produjo un cambio en la jurisprudencia en el caso de los desplazados. Los pronunciamientos más importantes fueron los siguientes:

Desde un punto de vista constitucional es imperioso destinar el presupuesto necesario que los derechos fundamentales de los desplazados tengan plena realización

Las acciones positivas vinculadas a los derechos pueden desarrollarse progresivamente, siempre que los mínimos de satisfacción hayan sido asegurados para todos.

Debe existir coherencia entre los derechos fundamentales, las políticas públicas y los recursos financieros.

Se da un estado de cosas inconstitucional, si se presentan los siguientes factores: a) Una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; b) Una prolongada omisión de las autoridades públicas en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; c) La adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de acciones judiciales como parte de los procedimientos habituales para garantizar derechos; el no dictado de las medidas legislativas, administrativas o presupuestarias que sean necesarias para evitar la lesión de los derechos;

e) La existencia de un problema social cuya solución compromete a varias entidades públicas y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional; f) Si todas las persona afectadas acudieran a la vía judicial se produciría una mayor congestión judicial.

La Corte Constitucional de Colombia ha producido jurisprudencia relevante en beneficio de la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. Inclusive ha señalado que son necesarias acciones positivas por parte del Estado para su debida protección. En el caso T. 884-03 expresa:

La exclusión de los derechos sociales del amparo constitucional, no es de ningún modo absoluta, puesto que en eventos concretos, es posible que la satisfacción de aquéllos dependa de la protección y goce de los derechos fundamentales, relación de subordinación que se acredita a través de la comprobación de determinadas condiciones fácticas en cada caso. Una vez realizada esta labor probatoria, el juez constitucional está facultado para emitir órdenes de amparo tendientes a restituir al afectado en el ejercicio del derecho de prestación y con ello proteger el derecho fundamental vulnerado. La procedencia de la acción de tutela para la satisfacción de derechos sociales, entonces va más allá de un asunto de conexidad entre éstos y los derechos fundamentales, si no que, adicionalmente a este factor, se constituye en una herramienta imprescindible entro del Estado Social y Democrático de Derecho, para la materialización de los derechos constitucionales. Ello puesto dentro de

este modelo de organización policial, la adscripción de derechos a los asociados supera la concepción de simple titularidad, propia del paradigma liberal clásico y en su lugar impone la obligación de salvaguardar, a través de la ejecución de acciones positivas, su ejercicio real y efectivo, en especial frente a los grupos de la población que por sus condiciones de exclusión social requieren con mayor urgencia la implementación de tales acciones.

La misma Corte, en el caso T 291-09 se ha referido a las políticas públicas y a cómo estas deben prospectar beneficios a los administrados, no bastando los enunciados de carácter general. Señala al intento y proclama que:

(i) que la política efectivamente exista; (ii) que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho; y (iii) que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática, En cuanto a la primera condición ha señalado la Corte: “no se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática , derivada de un derecho fundamental,, “cuando ni siquiera se cuenta con un plan para progresivamente cumplirla. La relación con la segunda condición, la Corte ha reiterado

“no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica que no esté acompañada de acciones reales y concretas”. En esta medida se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “solo está escrito y no está iniciada su ejecución” e (ii) “que así esté implementado, sea evidentemente inane, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares de los derechos en cuestión o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente o durante un período de tiempo irrazonable”. En cuanto a la tercera condición la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) “ que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan”, o “que si brinde espacios pero éstos sean inicuos y sólo prevean una participación intrascendente”. El grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas en cada caso concreto, depende de la situación específica de que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar”.

La justiciabilidad de los derechos fundamentales, singularmente de los sociales económicos y culturales frente a las carencias presupuestarias y al gasto público, se encuentra en construcción. Parecería que la posición intermedia es la más aconsejable. En ella se da primacía a los derechos respecto de lo que se tiene como mínimos, expresión que siempre tendrá un carácter relativo. Habría que tener presente que la mayor parte de los pronunciamientos se refieren al ámbito constitucional y más bien contestan a si es exigible que el correspondiente gasto deba aparecer en el presupuesto. Otro punto es el que concierne a la obligación

del Estado de satisfacer los requerimientos de los titulares de los derechos en cuanto son beneficiarios del gasto público pertinente.

En el caso C-018/96 propuesto ante la Corte Constitución de la República de Colombia, por Augusto Gutiérrez Arias, surge una interesante confrontación entre del principio de legalidad presupuestaria y la aplicación de los derechos fundamentales. El actor sostiene el derecho de percibir “Prima Técnica” con el cumplimiento de los requisitos de Ley. Discrepa que mediante una reforma producida ulteriormente se condicione el beneficio que tiene derecho a percibir a la disponibilidad y viabilidad presupuestarias. Alude que, de ese modo, se viola el artículo 25 de la Carta Política, *“porque al hacer nugatorio el reconocimiento a través de la citada condición, el derecho al trabajo de los servidores públicos no estaría siendo garantizado en las condiciones dignas y justas que consagra la Constitución”* Señala el demandante que supeditar la asignación o reconocimiento de la prima técnica a la viabilidad y disponibilidad presupuestaria, es negar el derecho o condicionarlo a un evento improbable en un estado deficitario. La Corte Constitucional en defensa del principio de legalidad, transcribe partes de la sentencia No. C-050 de 1994, tal como sigue:

La previsión que el legislador consagra, consistente en señalar que no podrá efectuarse gasto alguno cuyos recursos no se encuentren incorporados en el presupuesto del Banco de la República, reflejo del principio que igualmente rige para el presupuesto general de la Nación, es consecuencia obligada del mandato constitucional que dicta la

observancia del principio de legalidad preexistente, necesario para que haya claridad y orden en materia del gasto. Con razón puede observarse que esta normativa es la incumbencia del legislador en cuanto a éste compete preservar el equilibrio macroeconómico y tutelar el interés general.

El proceso presupuestal que rige para el conjunto de entidades públicas se inspira en el principio de legalidad, de profunda raigambre democrática, en cuya virtud se reserva a un órgano de representación popular la decisión final sobre el universo de los egresos e ingresos estatales. Así mismo la racionalidad, eficacia y responsabilidad inherentes a la función pública demandan que el recaudo y aplicación de los dineros del erario se manejen de acuerdo con reglas y procedimientos predeterminados y controlables.

Empero, una condición elemental que la administración debe acatar en lo que atañe a la ejecución del gasto es la de sujetarse a las normas presupuestales tanto constitucionales como legales lo que de suyo no implica desmedro de los derechos de los trabajadores.

En el texto mismo de la sentencia en comento, se precisa aún más el principio de legalidad y se producen las siguientes reflexiones:-

Estima la Corte que cuando el párrafo acusado establece como requisito indispensable para otorgar la prima técnica, la exigencia de que haya disponibilidad presupuestal, lejos de violar la Constitución Política,

lo que está es precisamente desarrollando las normas que rigen el sistema presupuestal, especialmente los artículos 345 y 346, así como ajustándose a las previsiones ya anotadas del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

Según se anotó en el acápite respectivo, el requisito de la disponibilidad presupuestal hace parte esencial del principio constitucional de legalidad del gasto público, cuyo fundamento es que no se pueden efectuar erogaciones con cargo al Tesoro que no se hallen incluidas en el presupuesto.

La existencia del principio de legalidad es incuestionable, como lo es el del artículo 53 de la Constitución Política que consagra la garantía fundamental enlista, en los siguientes términos: *el de la remuneración mínima vital y proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, a cuyo efecto se había establecido la prima técnica.* En la sentencia, la Corte estima que debe prevalecer el principio de legalidad, por lo que a su juicio el añadido a la Ley de que: *En todo caso, la Prima Técnica solo podrá otorgarse previa la expedición del respectivo certificado de disponibilidad presupuestal,* no riñe con la mencionada garantía fundamental, ni con la Constitución. En un Estado constitucional de derechos y justicia social, habría habido que ponderar las normas constitucionales indicadas; no habría prevalecido la norma legal y posiblemente se habría dado razón al actor del juicio. Además, al menos se habría reconocido la obligación de que en el presupuesto consten las partidas necesarias para la aplicación de la norma técnica.

En el caso-685/96, propuesto por Ángel Castañeda Manrique y Juan Camilo Restrepo, La Corte de Colombia en defensa del principio de legalidad, resuelve que se ha violado los principios de legalidad y especialización del gasto, con una ley que facultad a Ejecutivo para, a través del Decreto de Liquidación del Presupuesto, efectúe los traslados presupuestales necesarios entre diferente Fondos a fin de que se puedan atender demandas que se requieren en los diferentes proyectos de inversión social. Sustenta el Tribunal que de ese modo se obvia la intervención del Congreso. Tiene importancia que la tesis, inclusive, se hace extensiva al gasto social. Sobre este preciso tema, razona como sigue:

Con todo, podría considerarse que la disposición acusada encuentra sustento en la prioridad que, según la Carta, el gasto social tiene sobre las otras asignaciones, con excepción de los casos de guerra exterior o las razones de seguridad nacional., puesto que la norma permite simplemente que el Gobierno efectúe esos traslados con el fin de “atender las demandas que se requieren en los diferentes proyectos de inversión social regional”. Según este argumento, el artículo impugnado no es más que un instrumento para flexibilizar la ejecución del presupuesto y permitir que en la práctica el gasto social tenga prioridad sobre las otras asignaciones, tal y como la Constitución ordena.

La Corte reconoce la jerarquía e importancia de la inversión social en el ordenamiento constitucional. Sin embargo, el anterior argumento no es de recibo, pues la prioridad del gasto social no justifica que la ley desconozca las competencias que la Carta ha establecido entre el

*Congreso y el Gobierno en el proceso presupuestal. Esta prevalencia del gasto social opera entonces en el marco del proceso presupuestal, tal como lo define la norma superior.. Ahora bien, según la Constitución, es al Congreso a quién corresponde por medio de la ley de presupuesto, apropiar las partidas y sus orientaciones por lo cual **no puede la ley trasladar al Ejecutivo esa competencia para la definición última del gasto público, ni siquiera en materia de inversión social, pues se estaría rompiendo la legalidad del gasto que, como se ha señalado en esta sentencia, es uno de los fundamentos del constitucionalismo democrático.*** El énfasis es añadido.

En el país habría que matizar la antedicha solución, pues, según los artículos 286 y 298 de la Constitución vigente de 2008, en su orden, es dable financiar la salud, la educación y la justicia con ingresos no permanentes; y, se establecen preasignaciones predecibles y automáticas a los gobiernos descentralizados autónomos, al sector salud, al sector educación, a la educación superior; y, a la investigación, ciencia, tecnología e innovación.

En el caso c-017/98 propuesto por Andrés Caicedo Cruz, la Corte Constitucional de la República de Colombia reconoce *en síntesis que el artículo 41 de la Ley 344 de 1996 que modifica el régimen de seguridad social de los afiliados al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República desconoce los principios de unidad de materia, de solidaridad, el derecho a la igualdad y el*

artículo 189-24 del Estatuto Superior y, por tanto debe ser retirado del ordenamiento jurídico.

La norma de la referencia, a más de los valores que alimentan dicho Fondo, prevé que el Gobierno Nacional haga consta en la proforma presupuestaria las sumas necesarias que alimenten dicho Fondo en el afán de mantener el equilibrio económico y financiero del aludido Fondo, lo cual riñe con los principios referidos, particularmente los de igualdad y solidaridad.

En Ecuador, al amparo de la Constitución de 1998, respecto del incremento de los precios de los derivados del petróleo, en los casos 004-2001-TC y 007-2001-TC, acumulados, el Tribunal Constitucional rechazó la demanda que perseguía se reconozca la inconstitucionalidad de los Decretos Ejecutivos Nos. 1089 y 1090 en los que se dispuso dicho incremento. La parte actora sostuvo que el dueño del petróleo es el pueblo ecuatoriano que por tanto no cabía afirmarse que exista algún subsidio en esta materia. El Tribunal proclamó que las normas constitucionales aludidas en la demanda contienen principios y no preceptos concretos de la Constitución. Tales principios se referían a los derechos económicos, sociales y culturales. Según la Constitución de 2008, hoy vigente, no habría cabido semejante diferenciación. El texto de la resolución en la parte pertinente dice:

Que este Tribunal no identifica vulneración directa de las declaraciones de derechos económicos, sociales y culturales contenidas tanto en la

Constitución como en instrumentos internacionales vigentes por parte del Decreto 1089 (que contiene la mencionada fijación de precios de determinados derivados de hidrocarburos) como son el derecho al trabajo, a la salud, el derecho preferente de grupos vulnerables, la seguridad social, la cultura, a la educación, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, u otros como los deberes de los ciudadanos, los derechos individuales o civiles y políticos, o el debido proceso, ni afecta de modo general, a la vigencia de los derechos humanos, como lo señalan los peticionarios.

El Tribunal acepta que los recursos no renovables, entre ellos el petróleo, no son de dominio del Estado sino de toda la Nación. De allí fluye que el precio de la gasolina no entra dentro del tema atinente a los subsidios los cuales tienen relación con el gasto público. Además el Tribunal arguye que el precio de dicho combustible no se encuadra dentro del comercio jurídico público sino privado, lo cual sí ocurre cuando petróleo se encuentra en sus yacimientos.

Igualmente, bajo la vigencia de la Constitución de 1998, en el caso 001-2001, El Tribunal Constitucional con cinco votos a favor y cuatro en contra, desechó la demanda de inconstitucionalidad del artículo 62 reformado de la Ley Reformativa a la Ley de Régimen del Sector Eléctrico que suprimió el subsidio a los pueblos indígenas sobre el consumo de energía eléctrica. La cuestión atañe al derecho de los beneficiarios a exigir subsidios, lo cual tiene evidente relación

con el gasto público. Algunas de las consideraciones de la sentencia se las transcribe porque son de sumo interés:

Que, el subsidio implica el socorro, ayuda o auxilio extraordinario de carácter económico, el mismo que en la especie se encontraba previsto por disposición de la ley en beneficio de un segmento de la sociedad, por lo que implicaba un privilegio, es decir, una excepción a la norma de aplicación general, al exonerar o liberar del pago de la energía eléctrica a los grupos determinados en el sustituido artículo 62 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, exención de la que la generalidad de personas no gozaban.

Esta clase de privilegios son otorgados por el Estado para promover el desarrollo de cierto segmento y teniendo en cuenta las posibilidades económicas del Estado; por otro lado, tal como el legislador otorgó un subsidio lo puede eliminar, sin que esta situación afecte norma constitucional alguna.

Además, como se observa, los subsidios tienen la finalidad de promover el desarrollo de un segmento social, por lo que tienen el carácter de extraordinarios, no pudiendo plantearse su permanencia ad infinitum ni exigirse que no se elimine su otorgamiento, pues los fondos que lo financian los obtiene el mismo Estado y se entienden que beneficiarán a toda la población del país mediante la prestación de servicios públicos.

En el caso en especie también debe tenerse presente que el otorgamiento de un subsidio rompe el principio de igualdad, desde que, el subsidio

implica un privilegio de carácter económico que se ha concedido a un grupo determinado aunque hayan razones que pretendan explicarlo; e inclusive, si piensa que este privilegio entraña un beneficio, se trata de un beneficio del no goza la generalidad de la población. El establecimiento de una norma de excepción a una regla general no puede ser dictado arbitrariamente, es decir en vulneración del principio de igualdad. Por lo expuesto, la eliminación de una norma de excepción que contiene un privilegio es una facultad del legislador que, en su momento la otorgó.

Que, con respecto al numeral 13 del artículo 84 de la Constitución referente a la formulación de planes y proyectos para el mejoramiento económico y social de los pueblos indígenas y a un adecuado financiamiento por parte del Estado, tampoco se advierte que el artículo impugnado viole esta norma, pues el mismo establece formas de financiamiento del Estado para los proyectos de electrificación a que se refiere. El financiamiento por parte del Estado para los proyectos que beneficien a la comunidad en general y a determinados grupos como el caso de los pueblos indígenas en particular, debe ser entendido como la obtención de recursos económicos para costear las obras necesarias; los subsidios que puede otorgar el Estado son extraordinarios, como queda dicho anteriormente, y dependen del poder económico del mismo. Por esta razón, el financiamiento de que habla la norma constitucional no se refiere al otorgamiento de subsidios obligatorios, sino al establecimiento de medidas que le permitan costear los proyectos necesarios en beneficio de las comunidades protegidas por el artículo 84 de la Carta Suprema.

La definición de subsidios, que por activa y por pasiva, efectúa la resolución es de trascendencia. Además lo es el énfasis respecto de la limitada capacidad económica del Estado para solventarlos.

Existen algunos casos de la justiciabilidad del derecho a la salud que nos ofrece la jurisprudencia, que han sido aludidos por Abramovich y Courtis en su obra antes mencionada: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, los cuales coadyuvan a constatar el peso que pueden tener en el gasto público²²⁷. En el caso Comunidad Paynemil, la Defensora Oficial de Menores de Neuquen, provincia de la Patagonia Argentina interpuso acción de amparo a fin de garantizar la salud de los niños y jóvenes de dicha Comunidad contaminados por el consumo de agua que contenía plomo y mercurio. En la acción solicitó que se obligue al Estado a proveer agua potable en cantidad necesaria para la supervivencia de la población afectada, a realizar el diagnóstico y tratamiento de los menores afectados, y adoptar las medidas pertinentes para impedir en lo sucesivo la contaminación del suelo y el agua. La sentencia de segunda instancia confirma la de primera y condena al Poder Ejecutivo Provincial a los siguientes: *i) proveer por el términos de dos días de 250 litros de agua potables diarios por habitante; ii) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a tal fin; iii) poner en funcionamiento en el plazo de siete días las acciones tendientes a determinar si existen daños*

²²⁷ Víctor Abramovich; Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ibídem, p- 138 y siguientes.

por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para la preservación del medio ambiente de la contaminación.

En el caso Asociación Benghalesis se condenó al Estado argentino y al Ministerio de Salud a dar cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial, suministro de medicamentos en forma regular, oportuna y continua a aquellos enfermos que padecen de Sida. que se encuentran registrados en la sanidad pública. En el caso se afrontaron dos temas de importancia, la posibilidad de que actúen como parte legitimada organizaciones no gubernamentales en representación de las víctimas en caso de violación de los derechos sociales de incidencia colectiva y el alcance de prestaciones a cargo del Estado cuando implican acciones positivas que ponen en juego recursos presupuestarios. *En el caso se observa claramente cómo la posibilidad de la actuación del sujeto colectivo determina la exigibilidad del derecho, desde que resulta difícil que las víctimas se presenten individualmente a reclamar la prestación, tanto por impedimentos materiales como por la necesidad de resguardar su intimidad.* El pronunciamiento de fondo es similar al que se ha consignado con anterioridad, ocurrido en Ecuador.

En el caso Viceconte, Mariela Cecilia c/ el Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción social, el Centro de Estudios Legales y Sociales planteó la violación por parte del Estado argentino del derecho a la salud y, concretamente, de la obligación de previsión y tratamiento de las enfermedades epidémicas y

endémicas y la lucha contra ellas. Se aceptó la acción de amparo, y tomando en cuenta que la Fiebre Hemorrágica Argentina o Mal de los Rastrojos puede incidir en una población de alrededor de 3.500.000 habitantes, dispuso que el estado fabricase y suministrase la vacuna correspondiente, con el aval de la Organización Mundial de la Salud y habida cuenta que la enfermedad es exclusiva de Argentina, no era posible que la vacuna se fabricase en el extranjero. En la parte resolutive se hizo constar las siguientes órdenes:

- a) El Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social que cumpa estrictamente y sin demora con cronograma cuya copia se encuentra agregada a fs. 315, responsabilizando en forma personal a los Ministros de Salud y Acción Social y de Economía y Obras y Servicios Públicos –en sus respectivas áreas de competencia- , y obligando asimismo, a los organismos a su cargo al cumplimiento de los plazos legales y reglamentarios;*
- b) poner esta sentencia en conocimiento del Sr. Presidente de la Nación y del Jefe de Gabinete de Ministros, mediante oficio de estilo;*
- c) encomendar al Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cumplimiento del referido cronograma, sin que obste a ello el derecho que le asiste a la actora en tal sentido;*
- d) sin perjuicio de lo precedentemente dispuesto, la demandada deberá, dentro del plazo de diez (10) días de quedar notificada de la presente, informar al tribunal acerca del cumplimiento del cronograma referido en el punto a).*

En el caso Beviacqua, ante el anuncio de que una medicación especial se suministraba por última vez a un niño afectado por enfermedad de Kostman, su madre presentó acción de amparo para hacer cesar el mencionado acto lesivo. La Corte Suprema ratificó los pronunciamientos de instancias y sentó importantes precedentes, entre los que cabe destacar el hecho de que el Estado como tal asume, en defensa del derecho a la salud, las obligaciones libradas a uno de sus organismos. Las conclusiones rezan:

a) (E)l Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos estatales.

b) La ley que instituye el sistema nacional de salud (ley 23.661) tiene la finalidad de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica. Con tal finalidad, el sistema ha sido diseñado en el marco de una concepción integradora del sector sanitario, en el que la autoridad pública reafirme su papel de conducción general del sistema y las sociedades intermedias consoliden su participación en la gestión directa

de las acciones. La propia ley fija como autoridad de aplicación de las políticas sanitarias del sistema y las políticas de medicamentos al Ministerio de Salud y Acción Social, a través de la Secretaría de Salud. “en tal carácter le corresponde “articular y coordinar” los servicios asistenciales que prestan las obras sociales..., los establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país” (considerandos 22 y 23).

c) El Estado nacional ejerce una función rectora en ese campo, y compete al Ministerio de Salud y Acción Social, como autoridad de aplicación, “garantizarla regularidad de los tratamientos sanitarios coordinando sus acciones con las obras sociales y los estados provinciales, sin mengua de la organización federal y descentralizada que corresponda para llevar a cabo tales servicios (considerando 27).

d) “La decisión de prestar asistencia al menor, adoptada oportunamente por la autoridad nacional hasta que resolvió interrumpir la entrega de la medicación, había atendido a la situación de urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño, lo que se ajustaba a los principios constitucionales y a las leyes dictadas en su consecuencia” Del expediente surge que el propio Estado suministró el fármaco haciendo mérito de la gravedad del caso y de la falta de protección en la que se hallaba la familia del menor, lo que dio lugar a la resolución de su cobertura hasta que se regularizara

la asistencia de la afiliada mediante la obra social a la que pertenecía. La prolongación de ese estado (...) priva de sustento a los planteos de la parte que pretenden negar una obligación de ayuda al menor en defecto de la obra social, toda vez que subsisten al presente las razones “exclusivamente humanitarias” que dieron lugar a la entrega del remedio, los cuales, por otra parte, no pueden ser entendidas sino como reconocimiento de la responsabilidad de la demandada de resguardar la vida del niño (considerandos 28, 29 y 30).

e) La existencia de una obra social dedicada al cumplimiento de un programa médico obligatorio “no puede redundar en perjuicio de la afiliada y menos aún del niño, pues si se aceptara el criterio de la recurrente que pretende justificar la interrupción de la asistencia en razón de las obligaciones puestas a cargo de aquella entidad, se establecería un supuesto de discriminación (...) respecto de la madre del menor que, amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo a que está asociada, carecería absolutamente del derecho a la atención médica sanitaria pública, lo que colocaría al Estado en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud”

(F)rente al énfasis puesto en los tratados internacionales para preservar la vida de los niños, el Estado no puede desentenderse de sus deberes haciendo recaer el mayor peso en la realización del servicio de salud de entidades que, como en el caso, no han dado siempre adecuada tutela asistencial , conclusión que lleva en el sub examine a la preferente atención a las necesidades derivadas de la minusvalía del menor y

revaloriza la labor que debe desarrollar con tal finalidad la autoridad de aplicación. (considerandos 31 y 33).

El Pleno de la Suprema Corte de México definió la garantía individual del derecho a la protección de la salud, reconociéndole su naturaleza jurídica de derecho público subjetivo, dejando atrás la conceptualización de derecho social, norma programática, prestacional o principio constitucional.

SALUD, EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL, CONSAGRA EL ARTÍCULO 4º. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS.

El derecho a la protección de la salud, tiene entre otras finalidades, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social, el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población; que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la población y de la colectividad que tal garantía comprende la recepción de los medicamentos básicos para el tratamiento de una enfermedad... que en su actividad curativa significa el proporcionar un tratamiento oportuno al enfermo... que se encuentra consagrado como garantía individual, y del

deber de proporcionarlos por parte de las dependencias y entidades que prestan los respectivos servicios.

El costo que para el Estado y las entidades públicas significa este pronunciamiento puede ser realmente de grandes proporciones. Otro caso interesante es aquél que por iniciativa del quejoso José Roberto Lamas Arellano, determinó la inconstitucionalidad de la fracción VI del artículo 333 de la Ley General de Salud, que condicionaba la realización de trasplantes de órganos entre vivos, a que el donante tuviese con el receptos parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, o ser su cónyuge, concubina o concubinario, lo que transgredía los derechos a la protección de la salud y a la vida previstos en el artículo 4º. de la Constitución, pues, privaba a la oblación en general de un medio apto para prolongar o mejorarla calidad de su vida²²⁸.

En el caso D-198, propuesto por Izasa y Paz Lamir. la Corte Constitucional de la República de Colombia, considera que los gastos destinados al deporte no pueden ser considerados gasto social ni pueden asimilarse a los de educación, los cuales tienen un tratamiento preferente. A esos extremos se ha hecho referencia en el Capítulo I, en base a los importantes razonamientos del doctor Camilo Restrepo. El considerando cuarto de la sentencia dice, en su parte pertinente.

²²⁸ Gonzalo Moctezuma Barragán, *Garantía Constitucional a la Protección de la Salud. Defensa Jurisdiccional*, en La ciencia del derecho procesal constitucional, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio. P 686-687.

La educación tiene una relación muy estrecha con el deporte, la recreación y el uso del tiempo libre, pero no obstante su complementariedad y coincidencias, no se confunde en el plano constitucional ni en el de la hacienda pública. Pese a la conexidad innegable que existe entre las actividades aludidas, como derechos constitucionales que se reconocen a la persona, se consagran en normas distintas y se integran con elementos propios. La inspección del Estado sobre el campo de la educación no es exactamente igual a la que se ejerce sobre la actividad deportiva. Inclusive cuando la Constitución enumera funciones de las asambleas departamentales se refiere separadamente al deporte y a la educación. De otro lado, por el hecho de que la educación determine que el situado fiscal habrá de destinarse a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y a la salud, en los términos que la ley señale, no podrá concluirse que esto indica que el deporte también resulta incorporado como rubro financiable dado que constituye una asignatura escolar y que su práctica no es ajena a la conservación de una vida saludable. En fin, sin ignorar el ligamen íntimo entre deporte y educación, la misma Ley 60 de 1993, al definir las áreas prioritarias de inversión social y fijar los porcentajes de aplicación de los fondos municipales procedentes de la participación en los ingresos distinguió los dos campos, así: “1. En educación el 30% (...) 4. En educación física, recreación, deporte, cultura y aprovechamiento del tiempo libre el 5%”

Por lo expuesto no se puede sostener que el gasto público social en educación, sea equivalente al gasto en deporte, recreación y aprovechamiento del tiempo libre. Si así fuese, por lo demás, resultaría inexplicable que el deporte –en la hipótesis refutada integrante del concepto que las normas fiscales reservan a la “educación”-, además de beneficiarse de la financiación derivada del situado fiscal y de las participaciones municipales en los ingresos corrientes de la nación, gozase de otra renta de destinación específica, la cual ni siquiera se extiende a la educación entendida en su acepción más estricta.

En la sentencia T-340-10, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, aceptó la tutela propuesta por Manuel Moreno Rodríguez en contra de la Gobernación del César. El demandante arguyó que había sido objeto de discriminación, pues, en su condición de atleta paralímpico y ganador en los juegos nacionales, no recibió, como debía ser, el reconocimiento económico que se otorgó a los atletas olímpicos, habiendo recibido como explicación que no existían fondos destinados al propósito. La Sala en su resolución razonó del siguiente modo: -

Sobre el carácter o naturaleza de la violación. En este caso al afectación al derecho fundamental a la igualdad, se configura en la decisión administrativa de establecer un beneficio para un grupo de deportistas, excluyendo a otros que se encontraban en una situación fácticamente similar, salvo por el hecho de tratarse de personas con discapacidad.

Dado que no es posible realizar esa integración normativa, la Sala prevendrá al Departamento del César para que, cuando inicie proyectos destinados al fomento del deporte otorgue un trato igualitario o preferencial a los deportistas con discapacidad. El cumplimiento de esta orden exige que al desarrollar los programas mencionados, (i) prevea una inversión por lo menos equivalente, en razón a la proporción de población con discapacidad frente a la población sin discapacidad destinataria de cada programa; (ii) incluya en sus políticas los componentes de diseño universal, accesibilidad universal, y ajustes razonables, en los términos ya analizados establecidos por la Convención sobre derechos de Personas con Discapacidad; (iii) propenda por la toma de conciencia en el departamento, proceso que debe iniciarse desde las más altas autoridades administrativas; (iv) garantice la participación de personas con discapacidad en la elaboración de programas que los afecten o favorezcan para la definición de sus necesidades y prioridades.

En la decisión el Tribunal revoca los fallos de primera y segunda instancia que negaron la tutela; ordena que en cuarenta y cinco días, la Secretaría de Deporte, Cultura y Recreación, emita un acto administrativo en el que defina un sistema de estímulos para los deportistas que participaron y obtuvieron reconocimientos de medallería en los Juegos Paralímpicos Nacionales de 2008, que garantice el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, en relación con los estímulos contemplados para aquellos deportistas que participaron y obtuvieron reconocimiento de medallería en los Juegos

Deportivos Nacionales de 2008. Se prevé además la realización de un acto público de índole reparatoria y se previene a dicha Secretaría para que no incurra en actuaciones como la que da origen a la tutela. Finalmente manda que la Secretaría incluya en sus programas un componente destinado a la población con incapacidad en los términos que quedan antes consignados en cursiva. En síntesis el juez impone el que se efectúe gasto público sin que se refiera de modo alguno a la posibilidad o imposibilidad de obtener el correspondiente financiamiento, lo cual avala para diferenciar el entorno del gasto público del entorno presupuestario.

Consta en el expediente D-8222, sentencia C-221/11 sustanciado ante la Corte Constitucional de Colombia que Luis Ernesto Vargas Silva ejerció la acción pública para que se declare inexecutable el artículo 45 de la Ley 181 de 1995 por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte. La norma en cuestión prevé que el Estado garantizará una pensión vitalicia estímulo a las glorias del deporte nacional. Al propósito debería establecerse las correspondientes partidas presupuestarias en un monto igual a la suma de cuatro salarios mínimos mensuales, por deportista que ostente la calidad de tal, cuando no tenga recursos o sus ingresos sean inferiores a cuatro salarios mínimos legales. Se establece a favor de los beneficiarios el régimen subsidiado del sistema general de seguridad social en salud, cuando no esté cubiertos por el régimen contributivo. La accionante *señala que la restricción para la concesión del estímulo a las glorias del deporte nacional,*

relativa a que el posible beneficiario no tenga recursos o sus ingresos no sean superiores, viola los artículos 13 y 52 de la Constitución. Argumenta que lo que conlleva al estímulo de la pensión vitalicia no es la pobreza, o no tener recursos o tener ingresos inferiores a cuatro salarios mínimos legales, sino estimular el rendimiento de los deportistas y reconocer los logros obtenidos, mal se haría en considerar que la pensión vitalicia es un premio o estímulo a quienes se encuentran en adversas situaciones económicas. El Tribunal no da paso a demanda y subraya que en el caso se concede un reconocimiento económico a los deportistas que han obtenido los logros deportivos más importantes en campeonatos mundiales y juegos olímpicos y reconoce que el beneficio económico se integra al rubro del gasto público social. En mérito de ese reconocimiento, la Corte para su negativa, razona en los siguientes términos:

Esta última comprobación es importante, puesto que hace inferir que al estímulo económico objeto del análisis le son aplicables los criterios de distribución del gasto público social, explicados en esta sentencia. En consecuencia, advierte la Corte que la decisión del legislador de distribuir el gasto público social destinado a deporte con base en un criterio de discriminación inversa, que privilegia el acceso a los deportistas sin recursos o de menores ingresos, es un objetivo constitucionalmente legítimo. Ello debido a que una medida de ese carácter no cumple propósito distinto que actuar el mandato constitucional de promoción de la igualdad de oportunidades, que es

precisamente uno de los parámetros exigidos al legislador para distribuir el gasto social.

La Segunda Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, con referencia a la sentencia T-025 de 2004, ante la persistencia del estado de cosas inconstitucional, el 26 de enero de 2009, expide el correspondiente auto cuyo contenido incide en forma importante en el gasto público a erogar. El Tribunal comienza por aseverar que: *“las políticas públicas de atención a la población desplazada no han logrado contrarrestar mal grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de los desplazados, no han asegurado el goce efectivo de sus derechos constitucionales ni han favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de tales derechos”*. El Gobierno Nacional al presentar sus descargos, informa que entre los ejercicios 1999 y 2002 ha destinado pingües recursos para dar cumplimiento a la sentencia aludida de 2004. Ello, a su juicio, *constituye un avance indispensable para la superación del estado de cosas inconstitucional*. Respecto de la política de vivienda, por parte de los estamentos involucrados en el tema, se reconoce paladinamente que encontrar soluciones duraderas es muy costoso y demorado, por lo que los resultados, al 11 de diciembre de 2008, fecha en que se efectúa el análisis, son insatisfactorios. La decisión contempla varias órdenes y disposiciones. Cabe destacar aquellas que inciden en el gasto público, e inclusive en el gasto social, particularmente protegido en Colombia. Sobre el particular se lee:

Tercero.- ORDENAR al Ministro de Hacienda y Crédito Público que envíe a la Corte Constitucional y a la Contraloría General de la Nación, 15 días después de la fecha en la que se apruebe el Presupuesto general de la Nación de cada vigencia fiscal, un informe en el cual señale el monto incluido en el Presupuesto de Gastos destinado exclusivamente a la atención de la población desplazada, desagregado por secciones, cuentas, ejecutores y sus respectivos conceptos descriptivos.

Cuarto.- ACOGER la decisión del gobierno nacional de mantener el carácter prioritario del presupuesto para la población desplazada, de no hacer recortes presupuestales a los recursos destinados a la atención a la población desplazada, de no hacer recortes presupuestales a los recursos destinados a la atención a la población desplazada y mantener el nivel de ejecución presupuestal sin perjuicio de los posibles reajustes que se haga a ese presupuesto como resultado del replanteamiento de políticas o de adiciones presupuestales necesarias para garantizar los recursos necesarios para corregir las falencias detectadas.

2.4.3.7. Reparaciones y costas por daños a cargo del Estado

Inciden en el gasto público las reparaciones e indemnizaciones que se ven obligados a satisfacer los Estados en cumplimiento de sentencias de tribunales internacionales. Para los países de América tienen singular importancia y aplicación práctica las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica. Previamente a aludir a

algunos casos significativos, siguiendo a Héctor Faúndez Ledesma²²⁹ corresponde señalar lo atinente a reparaciones, indemnizaciones y costas. El artículo 63 numeral 1 de la Convención Interamericana de Derecho Humanos, además de disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, señala que la sentencia deberá disponer, cuando ello sea procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Las reparaciones persiguen proveer satisfacción a las víctimas o a sus familiares y restablecer el orden jurídico violado. En el Derecho Internacional Público la obligación de reparar de un ilícito imputable al Estado es considerada como norma de derecho consuetudinario. El Estado no puede enervar esa obligación alegando normas de derecho interno. El artículo 10 de la Convención estatuye que en caso de error judicial que sea soportado por una sentencia firme, el perjudicado tiene derecho a ser indemnizado conforme a la ley del Estado al que se atribuya ese error.

Habiéndose establecido su responsabilidad, el Estado tiene la obligación de reparar por el daño causado y además pagar una adecuada indemnización. Las reparaciones dependen del daño ocasionado en los ámbitos material y moral. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cesti

²²⁹ Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos*, Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004. p. 778 y siguientes.

Hurtado, sentencia de 31 de mayo de 2001. En el caso Gangaram Panday, sentencia de de 21 de enero de 1994, la Corte declaró que reparaciones e indemnización son medidas excluyentes. En el caso Aloeboetoe y otros, sentencia de de 10 de septiembre de 1993, sostuvo que esos conceptos podrían ser acumulativos, pero aclaró que esa acumulación se refiere al restablecimiento del derecho conculcado o a la reparación de aquello que se pueda reparar. La compensación del daño causado no excluye la adopción de otras medidas reparadoras de carácter no pecuniario. Faúndez señala que, *mientras las medidas reparadoras persiguen fines muy amplios, pudiendo ser el reflejo del carácter objetivo de las obligaciones asumidas por el Estado, en cuanto obligaciones erga omnes, que interesan a todos, la indemnización satisface únicamente el interés particular del reclamante*²³⁰. La Corte ha declarado que el pago de una indemnización compensatoria de daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales cumple una función ética y monetaria. En la sentencia Castillo Páez y Loayza Tamayo, ambas de 27 de noviembre de 1998, la Corte ha sostenido que la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas en que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido, ya sea a través de la *restitutio in integrum*, de la indemnización, o de garantía de no repetición. En el caso de la Comunidad Mayagua, sentencia de 31 de agosto de 2001, la Corte estimó que el Estado debía invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, la suma de US\$ \$ 50.000,00 dólares de los Estados Unidos de América en obras o servicios de la comunidad Awas Tingni, de común acuerdo con ésta, y bajo la supervisión de la Comisión. En el

²³⁰ Héctor Faúndez Ledesma, *Ibíd.*, p. 804.

caso Loaiza Tamayo, aludido, y en el caso Niños de la calle la Corte consideró necesario que los Estados involucrados deberían efectuar modificaciones legislativas y de carácter administrativo. En teoría. Cabe que las partes negocien el monto de las indemnizaciones, lo que no significa que la Corte no supervigile su efectivo cumplimiento. En el caso Garrido Baigorria, sentencia de 27 de agosto de 1998, se previó la creación de un tribunal arbitral para determinar el monto de la indemnización.

Al decir de Faúndez Ledesma, las reparaciones incluyen los siguientes elementos: *a) de ser posible la restitución de la situación jurídica infringida, garantizando a la persona afectada el goce de sus derechos o libertades conculcadas, b) la indemnización pecuniaria que sea procedente, c) las medidas reparatoras de carácter no pecuniario, d) la investigación de los hechos y la correspondiente sanción de los responsables, e) las garantías de no repetición de los hechos que dieron origen a la demanda, y f) la adecuación de la normativa del Estado a lo dispuesto por la Convención*²³¹. Todos estos rubros inclusive aquéllos que podrían reputarse que no son estrictamente monetarios, como la restitución de la situación jurídica infringida, la investigación de los hechos, la garantía de no repetición y la adecuación de las normas internas, inciden en el incremento del gasto público y en el manejo presupuestario.

La reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para las víctimas o para sus causahabientes. Así lo ha

²³¹ Héctor Faúndez Ledesma, *Ibíd.*, p. 811.

determinado la Corte en el caso mencionado Garrido y Baigorria. Existen varios casos en los cuales la Corte ha ordenado que se publique parte de la resolución y particularmente la decisión en los diarios o boletines oficiales y en periódicos de circulación nacional así en boletines de prensa de prensa de la Policía y de las Fuerzas Armadas, tales como los siguientes: Caracazo vs. Venezuela de 29 de agosto de 2002, Las Palmeras vs. Colombia de 26 de noviembre de 2002, Juan Humberto Sánchez vs. Honduras de 7 de junio de 2003, Bulacio vs. Argentina de 18 de septiembre de 2003.

Respecto del alcance de la reparación integral es importante el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia. En la sentencia C-228 de 3 de abril de 2002 hiere el punto. La parte sustancial de la misma es como sigue:

En el derecho internacional se ha considerado como insuficiente para la protección efectiva de los derechos humanos, que se otorga a las víctimas y perjudicados únicamente la indemnización de perjuicios. Como quiera que la verdad y la justicia son necesarios para que en una sociedad no se repitan las situaciones que generaron violaciones graves a los derechos humanos y, además porque el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los seres humanos, exige que los recursos judiciales diseñados por los Estados estén orientados hacia una reparación integral a las víctimas y perjudicados, que comprenda una indemnización económica y, el acceso a la justicia para

conocer la verdad de lo ocurrido y para buscar, por vías institucionales, la sanción justa de los responsables.

Existen algunos casos particulares sobre reparaciones. Así en el caso Loayza Tamayo, antes indicado, se dispuso que el monto de los salarios y otras prestaciones debían ser equivalentes a la suma de las remuneraciones por estas actividades en los sectores público y privado al momento en que se produjo la detención del afectado, el cual debía actualizarse en el orden monetario a la fecha de la sentencia. En el mismo caso la Corte expresó que el Estado estaba obligado a reinscribir a la víctima en el correspondiente registro de jubilaciones, con efecto retroactivo a la fecha en que fue excluida del mismo, y asegurarle el pleno goce de su derecho a la jubilación, en las condiciones que tenía antes de su detención. En el caso Petruzzi y otros, de 30 de mayo de 1999, ocasionalmente, la Corte dispuso la realización de un nuevo juicio penal. Para orillar el principio *non bis in ídem*, consideró que el primer juicio era inexistente.

*Si las consecuencias de la violación de los derechos humanos no se pueden reparar plenamente, la indemnización constituye una forma de reparación que ha sido expresamente prevista por la Convención y que, hasta el momento ha sido acordada por la Corte en todos los casos en que ésta ha encontrado que ha habido una violación de los derechos humanos*²³². En tratándose de daño moral la indemnización habría de fijarse conforme a la equidad y basándose en una apreciación prudente del mismo, en razón de que no

²³² Héctor Faúndez Ledesma, *Ibíd*em, p.822.

es posible una tasación precisa. Así consta en el caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001. De acuerdo a un principio conocido en el Derecho Internacional, una indemnización debe ser pronta, adecuada y efectiva. En el caso Suárez Rosero, sentencia del 29 de mayo de 1999, una suma correspondiente a daño moral y una suma correspondiente a reintegro de los gastos generados por las gestiones realizadas en la jurisdicción interna, el monto resultante constituiría una indemnización justa. En la misma sentencia la Corte estima que es necesario adoptar todas las medidas para asegurar que la deducción legal que efectuaban las entidades del sistema financiero ecuatoriano a las transacciones monetarias, no menoscabe el derecho de los beneficiarios de disponer de la totalidad de los montos ordenados a su favor. Sin embargo la sentencia reconoce que una vez que los beneficiarios hayan recibido el pago efectivo e integral de la justa indemnización que le es debida, esta pasa a formar parte de sus patrimonios y, a partir de ese momento, el uso, la administración o destino que se dé al mismo podrá estar sujeto a las normas aplicables en el derecho interno de los Estados. Que la indemnización sea adecuada significa que ella debe ser suficiente para compensar íntegramente los daños causados tanto materiales como morales. Corresponde aplicar el principio de *resitutio in integrum*. En el caso Velázquez Rodríguez, mencionado se ha alegado que la indemnización debe cubrir varios aspectos, cuales son los daños materiales (daño emergente y lucro cesante), el daño moral y eventualmente los daños punitivos. En el caso Caballero Santana y Delgado, sentencia de 29 de enero de 1997, se enuncia el daño social como parte de los daños inmateriales.

Al daño material que se integra por el daño emergente y el lucro cesante, la Corte ha incorporado un elemento adicional referido al daño patrimonial familiar. Al propósito ha estimado que es necesario averiguar las actividades familiares, laborales, comerciales, agrícolas, industriales o de cualquier otro y el deterioro que han sufrido las mismas. Así consta en el caso Garrido y Baigorria ya referido. El daño emergente, de acuerdo a la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas titulada Indemnización a la víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos, es el detrimento directo, menoscabo o destrucción material de los bienes con independencia de los otros efectos patrimoniales o de otra índole, que puedan derivar del acto que los causó. Comprende el valor de los bienes destruidos, los gastos realizados para obtener información acerca del paradero de las víctimas, incluyendo la recuperación y disposición del cadáver y el costo adicional que esta violación pueda haber causado a la víctima, incluidos los gastos futuros de rehabilitación en el caso de una persona lesionada²³³. En el caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, ya aludido, la Corte ha incluido el costo de los tratamientos médicos-incluida la asistencia psicológica. Recibidos por los familiares de la víctima. La pérdida de ingresos, asimilada al lucro cesante es la ganancia o beneficio que se dejó de percibir como consecuencia de la violación del derecho vulnerado, el cual según la Corte, en el caso de sobrevivientes, el cálculo de la indemnización, debe tener, entre otros factores, el tiempo que la víctima pasó sin trabajar, pronunciamiento que consta en el caso El Amparo, sentencia de 27 de noviembre de 1998. Según el caso Juan Humberto Sánchez ya enunciado, la pérdida de ingresos puede

²³³ Héctor Faúndez Ledesma *Ibíd.*, p. 829.

abarcar a los familiares de la víctima. Respecto del sueldo o salario real en el caso Niños de la Calle, la Corte señala que debería tenerse en cuenta las mejoras económicas más los otros beneficios económicos previstos en las normas legales del país de que se trate.

En lo tocante al daño patrimonial familiar, en el caso Loayza Tamayo, ya señalado, la Corte declaró que el daño material debía incluir a) el monto de los salarios correspondientes que la víctima dejó de percibir desde el momento de su detención hasta la fecha de la sentencia, suma a la que deberían agregarse los intereses corrientes hasta la fecha de la sentencia; b) una suma correspondiente a los gastos de la víctima durante el encarcelamiento, pues, a juicio de la Corte existía evidencia suficiente que demostraba que los respectivos padecimientos se originaron en su reclusión hecho que no había sido desvirtuado por el Estado; c) una suma correspondiente a los gastos de traslado de los familiares para visitar a la víctima durante su encarcelamiento; y, d) una suma correspondiente a los gastos médicos futuros de la víctima y de sus hijos, pues, existía evidencia suficiente que demostraba que sus padecimientos se originaron en la reclusión de la primera, hecho que no ha sido desvanecido por el Estado. También, en el mismo caso, se consideró el pago de una suma correspondiente a los gastos médicos futuros de la víctima y de sus hijos. En el caso Bulacio, aludido antes, la Corte fijó el daño patrimonial familiar en US\$ 21.000,00 y declaró que no se daba *ultra petita*, y que es deber propio de ella velar por el cumplimiento de el pago de las indemnizaciones, sin que sea necesario requerimiento de las partes.

Sobre el daño inmaterial, Faúndez Ledesma da cuenta de la evolución de la jurisprudencia de la Corte y señala:

En una primera etapa, que se prolongó hasta fines de 2001, la Corte abordó esta materia a partir del concepto de daño moral. En casos de violaciones a los derechos humanos, el daño moral es, sin lugar a dudas, el elemento de mayor significación. Este es el resultado de la humillación a que se somete a la víctima, del desconocimiento de su dignidad humana, del sufrimiento y dolor que se le causa como consecuencia de una violación de sus derechos humanos; es el efecto que dicha violación tiene en el grupo familiar, con toda la angustia y sufrimiento que se transmite a los miembros de éste. Ese daño moral se refleja igualmente en las consecuencias psicológicas que la violación de los derechos humanos puede tener tanto para la propia víctima como para sus familiares. Por su naturaleza, difícilmente se puede reparar, y la mayor parte de las veces sólo puede ser compensado mediante una indemnización pecuniaria. Según la Corte, éste corresponde a aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen un carácter económico o patrimonial y que, por ende, no pueden ser tasados en términos monetarios; el mencionado daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados

*como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria*²³⁴.

Sobre el punto, la Corte, en el caso Amparo, ya referido, sostuvo que el daño moral de una víctima no puede estar en relación directa con la posición social o la situación económica de la misma. Esta jurisprudencia recurrente, se ha de entender válida para la aceptación o no de ciertos rubros indemnizatorios, mas, no para su efectivo cálculo que puede diferir por razones obvias. En el mismo caso el Tribunal que la indemnización puede darse en dinero o bienes apreciables en dinero y que, además, corresponde la realización de actos u obras de alcance o repercusión políticas, que tengan efectos como la reparación de la memoria de la víctima, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos, o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendentes a que no se vuelvan a repetir.

En el caso Blake, sentencia de 22 de enero de 1999, la parte lesionada se refirió al daño emocional que ocasionó la desaparición y muerte de Nicholas Blake. La Corte estimó que las circunstancias de la desaparición del señor Blake generaron a sus padres y a sus hermanos sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia y consideró la existencia de daño moral, En el caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001, la Corte reconoció indemnización por daño moral debido al sufrimiento causado

²³⁴ Héctor Faúndez Ledesma, *Ibíd*em, p. 834-835.

a las víctimas y, además reiteró su posición de que la obtención de la sentencia que ampare las pretensiones de las víctimas es por sí misma una forma de satisfacción, sin perjuicio del pago de indemnizaciones por el daño moral acaecido.

En el caso Loaiza Tamayo, ya antes referido, la víctima solicitó por medio de su representante indemnización por haberse alterado su proyecto de vida. La Corte acogió el reclamo luego de aceptar que el concepto proyecto de vida ha sido analizado por la doctrina y la jurisprudencia y que constituye un rubro distinto al de daño emergente y lucro cesante, pues, no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos como sucede en el daño emergente, ni tampoco se refiere a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos como sucede en el lucro cesante. Prosigue la Corte y señala que por el contrario el proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona integral de la persona afectada, considerando su vocación, sus aptitudes, sus circunstancias, sus potencialidades y aspiraciones, todo lo cual le permite fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. En el caso Bulacio, mencionado, los familiares de la víctima adujeron la pérdida de chance, ya que el afectado no habría oficiado de *caddie* de golf toda la vida y que tenía la posibilidad de estudiar derecho y ejercer en ese campo. La Corte no dio una respuesta particular al punto.

Sobre la pretensión de que la indemnización comprendiese también los daños punitivos, la Corte en el caso Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia de 21 de julio de 1989, rechazó categóricamente dicha pretensión, sosteniendo que el Derecho Internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados. *En realidad en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que tiene la función de reparar las consecuencias de una violación de esos derechos, es difícil asignar un lugar a esa institución propia del derecho anglosajón, que no tiene un carácter reparatorio sino punitivo*²³⁵.

En Ecuador, se ha observado un criterio similar de que el Estado y en general el sector público, está sujeto a una responsabilidad calificada como objetiva. En esa razón, no cabe que las indemnizaciones y reparaciones se expliquen desde un tenor sancionatorio. Un caso importante es el contenido en la sentencia 84 de 10 de abril de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 220 de 23 de junio de 2010, expedida en casación por la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. El considerando QUINTO de la sentencia es como sigue: -

*QUINTO: Determinado el esquema básico de interpretación del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, conviene efectuar el mismo análisis respecto de **la institución de la responsabilidad extracontractual***

²³⁵ Héctor Faúndez Ledesma, *Ibíd.*, p. 846.

*del Estado, prevista principalmente en el artículo 20 de la Constitución Política. Haciendo hincapié en lo que a, a esta fecha, es un criterio reiterado de esta Corte en la materia que constituye un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento en la interpretación del régimen. A este respecto de ha señalado que la responsabilidad extracontractual del Estado parte, pese a la especialidad del desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal en el derecho administrativo, de la construcción de una teoría general de la responsabilidad. Los elementos fundamentales de esta teoría, trazadas desde la perspectiva del derecho privado,, han sido ya definidos por la Corte Suprema en múltiples ocasiones. Desde la perspectiva del Derecho público la doctrina más calificada recomienda, y así lo asume esta Sala, que existen ciertos aspectos de la teoría de la responsabilidad que deben ser adecuadas al ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado: a) El origen de la responsabilidad extracontractual del Estado no se encuentra en la ilicitud de sus actos o hechos, sino **en la injusticia o ilicitud de los efectos de su actividad en las personas, sus bienes o el ambiente**. Así es principio fundamental en la organización del Estado la solidaridad, y en virtud de ella, los administradores se encuentran sujetos a una serie de deberes y responsabilidades generales (entre estas ver el artículo 97 de la Constitución Política) que preconiza hacer efectivos el conjunto de los correlativos derechos de que somos titulares. En este sentido, el preámbulo de la Constitución Política señala; “El pueblo del Ecuador fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, **solidaridad**,*

equidad, y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana. establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social”. (El subrayado es de la Sala). La aplicación del principio de solidaridad, sin embargo, no significa que los restantes principios previstos en la misma Constitución Política, no deban ser también efectivos,, lo que es posible a través de la **adecuada ponderación de los bienes jurídicos** que, en apariencia, se encuentran en conflicto. De forma que, en la persecución de los intereses colectivos, aunque se debe entender que el interés individual deba ceder ante ellos, **la distribución de las cargas públicas individuales está sometida a un criterio general de igualdad material o sustancial**, lo que veda toda forma de sacrificio individual injusto e ilícito, por ser contrario a este principio de igualdad a este principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas. Por ello como ya está dicho, cuando el Estado y sus instituciones, en el ejercicio de sus potestades, provocan un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas, que implique un sacrificio individual intolerable, está llamado a reparar los perjuicios provocados, a restablecer el balance afectado. Por esta razón, **el artículo 20 de la Constitución Política no hace referencia al obrar lícito o ilícitos de de los funcionarios públicos, cuando asigna la responsabilidad al Estado en el evento de que se cauce un perjuicio a los administrados originada en su comportamiento**. En efecto, esta norma, en su parte pertinente establece: “Las instituciones del Estado, sus delegatarios y

concesionarios estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como .. consecuencia de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos”. De la misma manera cuando el referido artículo *ibídem* hace referencia a la “prestación deficiente de servicios públicos”, no califica la licitud de los actos o hechos conducentes a la prestación correspondiente sino al defecto funcional del servicio.- b) Consecuencia del enunciado precedente es que el régimen de responsabilidad patrimonial pública, establecido de nuestro ordenamiento jurídico, , no puede ser considerado subjetivo, en el sentido de que **no se encuentra fundado en el clásico criterio de culpabilidad** cuya asignación implica un reproche a la conducta del sujeto que provoca el daño. En materia de responsabilidad pública por la deficiente prestación de servicios públicos o por los actos de los empleados y funcionarios públicos, de los que se desprende un perjuicio para los administrados, sería irrelevante en lo que respecta a la obligación del Estado de reparar el daño sufrido por el administrado, la intencionalidad con la que lo sujetos se comportan en el ejercicio de sus funciones. Ello no significa que esta intencionalidad no sea importante en el sistema de responsabilidad, pues como lo establece el inciso segundo de la norma analizada (artículo 20 de la Constitución Política) la calificación de la culpabilidad de los funcionarios y empleados públicos determina la posibilidad de que el Estado pueda repetir en su contra los perjuicios económicos que tuvo que asumir frente a los administrados.- En este **punto es importante aclarar que la responsabilidad del Estado,**

tal como ha sido perfilada, no se adecua, tampoco, a la idea de culpa presunta propia; por ejemplo, de la realización de actividades de riesgo o de la responsabilidad de actos de terceros. Esto se debe a que, según la tesis de la culpa presunta, bastaría probar, presuponiendo la reversión de la carga de la prueba, que el efecto dañoso no se deriva de la negligencia, imprudencia, o de los sujetos a cargo de la actividad pública o, con más exactitud, que el comportamiento de esos sujetos ha sido conforme a las regla jurídicas previstas para el ejercicio de la actividad pública de que se trate. Sostener esta posición significaría considerar que los efectos de la actividad pública socialmente intolerables por su injusticia o ilicitud, son irrelevantes porque la conducta de los agentes públicos se ha arreglado a las formas determinadas por otros agentes públicos, y que, las instituciones del Estado, son competencias normativas, son irresponsables frente a la deficiencia de su regulación y sus efectos dañosos. c) **La responsabilidad del Estado es, en todos los casos, directa.**

En tal virtud el Estado no responde por los perjuicios que su actividad pueda provocar en las personas, los bienes o el ambiente, como lo hace toda persona por el hecho de los que estuvieran bajo su cuidado o dependencia, según el régimen previsto en los artículos 2220 y siguientes del Código Civil. Esto se debe a que la responsabilidad de los funcionarios y empleados públicos en cuanto sujetos de imputación jurídica es distinta e independiente a la responsabilidad pública que deriva del ejercicio de las atribuciones y el cumplimiento de sus deberes como sujetos de la actividad pública. El comportamiento de un empleado

o funcionario público es, a efectos del régimen de responsabilidad, analizado, atribuible al Estado mismo, cuando se analizan sus relaciones con el administrado. Cosa distinta es la revisión de ese comportamiento, personal e individual, para determinar la responsabilidad del funcionario o empleado frente al Estado, por el inadecuado ejercicio de sus competencias. d) Se ha insistido que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene origen en la injusticia o ilicitud de la afectación en las personas, bienes o el ambiente originado en la actividad pública por ello es necesario clarificar el sentido que se adopta al referirnos al referirnos a la injusticia o ilicitud de la afectación, es decir, delimitar lo que ha de entenderse por daño indemnizable. En el principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material, o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad. **La calificación de un hecho como “afectación injusta” es una materia sujeta al criterio judicial, según las reglas de la sana crítica, que puede ser objeto de control en base a la razonabilidad de dicho criterio, esto es, su motivación.** Sin embargo parece conveniente señalar que la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido principio de la igualdad material en la distribución material de las cargas públicas. Se trata entonces de una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales, que objetivamente se puedan esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados. En los que se refiere a la “afectación ilícita” el criterio de calificación está ligado a los deberes

constitucionales de los administradores, en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio individual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto. En este caso, el deber jurídico de soportar la carga pública no podría provenir únicamente de normas de rango inferior pues de otro modo, se haría impracticable la responsabilidad del Estado, que ejerce potestades normativas. Así, por ejemplo, es evidente que no se puede esperar que el administrado deba soportar la expropiación de sus bienes sin el pago del justo precio, aunque legal o reglamentariamente se hubiese admitido esa posibilidad. En este caso ejemplificativo, la expropiación practicada de la manera que se ha regulado, supone una afectación ilícita en el patrimonio del administrado que debe ser reparada en razón de la responsabilidad extracontractual del Estado, como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, bienes o en el ambiente, es evidente que demostrado el daño indemnizable, resta únicamente **determinar la vinculación, en una relación de causa-efecto de la actividad pública de que se trate con el referido daño.** Se trata, pues, de atribuir los efectos dañosos a la realización de la actividad pública específica. En este sentido, las instituciones del Estado únicamente podrían oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiese sufrido un daño demostrado e indemnizable, si prueban que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima. Se hace notar, sin embargo la responsabilidad extracontractual del Estado, no se

enerva si la afectación a las personas, sus bienes o al ambiente, no son atribuibles de manera conclusiva a las circunstancias eximentes de responsabilidad enunciadas.- De otra parte, la falta de conclusión de un procedimiento administrativo de expropiación de un bien privado, por falta de justa valoración, pago e indemnización, según el mandato del artículo 33 de la Constitución Política, atendiendo las circunstancias de cada caso, puede ser asimilado a la confiscación y, lógicamente el perjuicio ocasionado al particular por esta conducta es ilícito. Los énfasis y subrayados son propios del texto de la sentencia.

No cabe mayor comentario a la sentencia que antecede. El único que procede es subrayar el grado mayúsculo de exposición del gasto público frente a la teoría de la responsabilidad objetiva y extracontractual del Estado.

La indemnización para que sea justa debe ser satisfecha en tiempo razonable y en dinero de fácil conversión. En el caso Gangaram Fanday, indicado, la Corte ha fijado el plazo de seis meses para el efecto. En el caso Velázquez Rodríguez y Godinez Cruz, también aludido, la Corte dispuso el pago de intereses sobre los rubros no satisfecha oportunamente, así como también una compensación la pérdida de valor de la moneda nacional, y señaló que una sentencia como una disposición legal, hay que interpretarla en el sentido de que produzca efecto y no en el de que no produzca ninguno. En el caso Amparo, indicado, la Corte dispuso que la obligación indemnizatoria de pagar en dólares puede hacerse en moneda nacional. La Convención dispone que el pago debe

efectuarse a la parte lesionada, lo que puede comprender tanto a la víctima como a sus familiares. El particular es aplicable singularmente en caso de fallecimiento. Así lo ha determinado la Corte en el caso Aloeboetoe mencionado.

El arreglo convencional entre las partes es posible cuanto el asunto se encuentra ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, antes de que se encuentre en conocimiento de la Corte. Existen casos especiales como el de Barrios Altos, sentencia de 14 de marzo de 2001, en el cual, dado el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Perú, la Corte consideró apropiado que la determinación de las reparaciones se hiciera de común acuerdo entre el Estado demandado, la Comisión Interamericana y las víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, para lo cual se estableció un plazo de tres meses contados a partir de la notificación de la sentencia sobre el fondo; así mismo la Corte estimó pertinente señalar que el acuerdo a que llegaran las partes sería evaluado por ella y que debería ser un todo compatible con las disposiciones relevante de la Convención Americana; para el caso de que no se llegase a un acuerdo, la Corte determinaría el alcance y el monto de las reparaciones. En casos similares como el Aloeboetoe y otros, en los cuales el Estado había reconocido su responsabilidad, fue la propia Corte la que determinó la naturaleza de las reparaciones, el monto de las indemnizaciones y la forma como deberían hacerse efectivas. Se puede considerar que esta segunda es el criterio prevaleciente. En el caso Cesti Hurtado, la Corte consideró que las reparaciones por daño material (que incluían el lucro cesante causado a una empresa de seguros y el daño emergente causado a la misma, haciendo necesaria

una cuantiosa inversión para que ésta pudiera recuperar el sitio de prestigio y confianza que antes tenía), debían ser determinadas mediante los mecanismos que se establecen en las leyes internas.

El acceso a la Comisión y a la Corte no supone el pago de tasas por servicios. Los gastos que se reconocen son aquellos en que incurren las partes inclusive los honorarios de abogados. En el caso del Tribunal Constitucional (Aguirre y otros vs. Perú), sentencia de 31 de enero de 2001, la Comisión alegó que las víctimas habían incurrido en gastos derivados de la necesidad de contratar abogados para defenderse del hostigamiento político y judicial de que estaba siendo objeto (en particular una de las víctimas y su cónyuge), los gastos que debieron incurrir durante el asilo, la contratación de personal para ejercer la representación de sus empresas y la administración de sus bienes en el Perú, la contratación de abogados en el exterior, servicios de hospedaje en el exterior, transporte aéreo, servicios secretariales y alimentación. Sin precisar la Corte ha distinguido entre costas y gastos, sugiriendo que las primeras corresponderían fundamentalmente a los honorarios de abogados y los segundos a las erogaciones de otro tipo en que se ha debido incurrir en el curso del procedimiento. En el caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, sentencia de 21 de junio de 2002, los representantes de las víctimas señalaron que, en cuanto al reembolso de costas y gastos, ellos sólo aspiraban a la compensación por gastos, en virtud de que el caso se litigó *pro bono* ante el sistema interamericano, por lo tanto, sobre la base de la equidad, la Corte procedió a apreciar prudentemente el monto de esos gastos, que comprendían las gestiones realizadas por los representantes de las

víctimas ante la Corte Interamericana, pero no incluyó el costo de los gastos ante la Comisión. A la presente la fecha acepta que las costas y gastos forman parte de la reparación señalada en el artículo 63 numeral 1 de la Convención, puesto que la actividad desplegada por la víctima sus derechohabientes o sus representantes, para acceder a la justicia internacional, implica erogaciones y compromisos de carácter económico que deben ser indemnizados al dictar la sentencia condenatoria, según consta en el caso 408, caso Gangaram Panday, referido. Respecto de los honorarios de abogado, la Corte, en el caso Garrido y Baigorria, referido, considera que las costas señaladas en el artículo 55 No. 1 de su Reglamento comprendían los diversos gastos que la víctima hace o se compromete a hacer para acceder al sistema interamericano de protección a los derechos humanos, entre los que figuran los honorarios que han de cubrir convencionalmente a quienes le brinden asesoría jurídica; pero según la Corte se trata sólo de los gastos necesarios y razonables según las particularidades de cada caso y efectivamente realizados o causados a cargo de la víctima o sus representantes. En el caso Loayza Tamayo, indicado, el Estado objeto que los honorarios profesionales estuviesen exentos del pago de impuestos internos. Además, la Corte, ocasionalmente ha dispuesto como forma de satisfacción la publicación de parte de algunas sentencias en el diario oficial o gaceta oficial del Estado demandado y eventualmente también en algún periódico de circulación nacional o en un boletín de las Policía y de las Fuerzas Armadas. Tal el caso Caracazo vs. Venezuela, mencionado, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

Los resultados que puedan darse a virtud de laudos dentro de los procesos de arbitraje, particularmente de los internacionales, pueden incidir en el gasto público. En Ecuador, existen algunos casos que demuestran un grado de exposición presupuestaria de importancia. En el caso Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra la República del Ecuador (Chevron II) se condenó al país a pagar USD 700.000.000,00. Posteriormente, el pago se redujo a USD 95.000.000,00. En el caso entre las mismas partes, conocido como (Chevron III) que constituye una derivación del Aguinda Case, citado antes, la Empresa en una suerte de contrademanda, pretende que se disponga indemnizaciones contra Ecuador. El caso Burlington Resources contra la República del Ecuador, la demanda se encuentra valorada en USD 500.000.000,00. El caso Occidental Petroleum Company contra la República del Ecuador (Caso Oxy 2) se encuentra sujeto a peritajes que han sido observados. El caso Perenco Ecuador Limited contra la República del Ecuador (Caso Perenco) según la demanda, se encuentra valorado en USD 500.000.000,00. El caso Murphy Exploration & Production Company se encuentra en trámite la recusación a los Peritos y el monto reclamado es USD 185.000.000, 00²³⁶.

Uno de los casos más representativos en materia de reparaciones y daños que fuere resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, a través de cuya primera sentencia de fecha 6 de mayo de 2008 se reconoció el daño causado por expropiación de bienes en contra de la señora María Salvador Chiriboga, y se dispuso que el monto de las

²³⁶ Procuraduría General del Estado, *Informe de Gestión* 2011, Quito, p. 18-22.

reparaciones se efectuare por acuerdo de las partes es decir el Estado Ecuatoriana y la afectada; y, que a través de una sentencia de cumplimiento del artículo 63.1 de la Convención, se señalo que previamente la Corte ha establecido que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente²³⁷ y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado²³⁸. La Corte dispuso que conforme el párrafo 134 de la Sentencia dictada el 6 de mayo de 2008:

El Tribunal consideró apropiado que la determinación del monto y el pago de la justa indemnización por la expropiación de los bienes, así como cualquier otra medida tendiente a reparar las violaciones declaradas en perjuicio de la señora María Salvador Chiriboga en la Sentencia, se hiciera de común acuerdo entre el Estado y los representantes, dentro de un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de dicha Sentencia. En el caso que no se llegara a un acuerdo, la Corte determinaría las reparaciones correspondientes, así como las costas y gastos. Como se indicó, en el plazo concedido las partes

²³⁷ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, supra nota 8, párr. 245, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, supra nota 8, párr. 208. Citado en la Sentencia del caso 222 Corte Interamericana de Justicia, Caso Chiriboga VS. Ecuador.

²³⁸ Cfr. Caso Castillo Páez Vs. Perú. supra nota 9, párr. 50; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha de Araguaia”) Vs. Brasil, supra nota 8, párr. 245, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, supra nota 8, párr. 255.

no lograron alcanzar un acuerdo (supra párr. 2)²³⁹. En consideración de este criterio fijado y reiterado en la jurisprudencia de la Corte respecto de la naturaleza y el alcance de la obligación de reparar²⁴⁰, así como de las consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la Convención declaradas en el Capítulo VI de la Sentencia de fondo, este Tribunal procederá a analizar las pretensiones presentadas por las partes sobre reparaciones, con el objeto de disponer las medidas tendientes a reparar los daños derivados de las violaciones declaradas; la corte estimó que el caso sub judice tiene características específicas al tratarse de afectaciones derivadas de la falta de pago de una justa indemnización, de conformidad con lo establecido en el artículo 21.2 de la Convención. El propio artículo dispone que a fin de limitar el derecho a la propiedad privada se deberá otorgar el pago de una justa indemnización, como parte del requisito de la norma para poder restringir este derecho²⁴¹.

Con todas estas consideraciones la Corte resolvió por unanimidad *que el Estado ecuatoriano debe pagar a la señora María Salvador Chiriboga, por concepto de justa indemnización, la suma de US\$18,705,000.00, toda vez que de acuerdo a las restricciones jurídicas que afectan el predio, las cuales impactaron sobre su valor, puesto que el inmueble objeto de la expropiación ha*

²³⁹ Sentencia de cumplimiento del artículo 63.1 de la Convención en el caso 222 Corte Interamericana de Justicia, Caso Chiriboga VS. Ecuador.

²⁴⁰ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 17, párrs. 25 a 27; Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 257, y Caso Cabrera García y Montiel Vs. México, supra nota 8, párr. 210.

²⁴¹ Sentencia de cumplimiento del artículo 63.1 de la Convención en el caso 222 Corte Interamericana de Justicia, Caso Chiriboga VS. Ecuador.

sido destinado a la protección ambiental y recreación, lo cual es de gran relevancia e interés público para la ciudad de Quito (supra párr. 79), en atención al justo equilibrio entre el interés público y el interés particular, la Corte, de acuerdo a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad²⁴². Además resolvió por cinco votos contra tres, que, el Estado debe pagar, por concepto de daño material relativo a los intereses generados, la cantidad US\$9,435.757,80 (nueve millones cuatrocientos treinta y cinco mil setecientos cincuenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con ochenta centavos), por concepto de intereses simples devengados de acuerdo a la tasa Libor sobre el monto de la justa indemnización a partir de julio de 1997 hasta febrero de 2011 El Estado debe realizar el pago, en dinero efectivo, del capital adeudado, que incluye la justa indemnización y los intereses [...] en cinco tractos equivalentes, en el período de cinco años, estableciendo los días 30 de marzo de cada año como fecha de pago, a saber: el primer pago, el 30 de marzo de 2012, el segundo pago el 30 de marzo de 2013, el tercer pago el 30 de marzo de 2014, el cuarto pago el 30 de marzo de 2015, y el quinto pago el 30 de marzo de 2016. En caso de que el Estado incumpla con el pago de la cuota correspondiente en las fechas establecidas en la presente Sentencia, deberá pagar un interés sobre esta cuota, de acuerdo al interés simple bancario moratorio en Ecuador, hasta la fecha en que se realice efectivamente el pago. El monto consignado por el Estado al momento de presentar la demanda de

²⁴² *Ibídem*

*expropiación en la jurisdicción interna [...] deberá ser reintegrado al Estado cuándo éste realice el pago de la primera cuota señalada anteriormente*²⁴³.

Además se resolvió por cinco votos contra tres, que el Estado Ecuatoriano debe pagar, por concepto de indemnización por daño inmaterial la cantidad de US\$ 10.000 puesto tal como lo afirmó la Corte la señora Salvador Chiriboga se encontró *en un estado de incertidumbre jurídica como resultado de la demora en los procesos, ya que no ha podido ejercer efectivamente su derecho a la propiedad, la cual se encuentra ocupada por el Municipio de Quito desde hace más de una década, sin que se haya definido a quien corresponde la titularidad del predio. Se ha generado una denegación de justicia por no haberse emitido un fallo definitivo que determine el monto de la justa indemnización del inmueble, que hizo que el procedimiento expropiatorio no sea efectivo y resulte arbitrario. Dicha situación persiste hasta hoy y ha producido una carga desproporcionada en perjuicio de la víctima, en detrimento del justo equilibrio*²⁴⁴. La jurisprudencia de este Tribunal ha establecido reiteradamente que una sentencia constituye *per se* una forma de reparación²⁴⁵. No obstante, en consideración de lo expuesto, las circunstancias del caso sub judice, y de la violación declarada en la Sentencia de fondo del artículo 21.2 en relación con los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención y todo en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de la

²⁴³ *Ibidem*

²⁴⁴ Como se indicó en el párrafo 76 de la presente Sentencia, al restringirse el derecho de propiedad, el Estado debe cumplir con el objetivo de lograr un justo equilibrio entre el interés general y el del propietario, de modo que en el presente caso debió utilizar los medios menos gravosos para reducir la vulneración del derecho de propiedad de la víctima.

²⁴⁵ Cfr. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, párr. 72; Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil, supra nota 8, párr. 310, y Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, supra nota 8, párr. 260.

*víctima*²⁴⁶, se resolvió además que el Estado deberá efectuar el pago de la indemnización por concepto de daño inmaterial directamente a la beneficiaria dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia en el párrafo 112 de la presente Sentencia, dentro del plazo respectivo y en los términos de los párrafos 109 a 111 y 113 de este Fallo.

Finalmente la Corte resolvió por unanimidad, que, el Estado debe pagar, costas y gastos, devolver a la señora María Salvador Chiriboga, como medida de restitución, lo pagado por la demandante al Estado en calidad de impuestos prediales, adicionales y otros tributos y por recargo de solar no edificado indebidamente cobrados, así como los intereses correspondientes, dentro del plazo de seis meses. Así este fallo no solamente sienta precedente sobre las reparaciones por daños a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y obliga al Estado ecuatoriano a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención, sino que además es un verdadero instrumento jurídico que recoge criterios tanto doctrinarios como jurisprudenciales sobre daño material en inmaterial y la obligación del Estado de efectuar las erogaciones producto no solo de una sentencia que busca revertir los efectos de procedimientos y sentencias internas que causaron violación de derecho a un connacional, sino que además produce serios efectos presupuestarios, toda vez que conmina al Ecuador a efectuar los pagos dentro de determinados plazos y con condiciones puntuales.

²⁴⁶ Sentencia de cumplimiento del artículo 63.1 de la Convención en el caso 222 Corte Interamericana de Justicia, Caso Chiriboga VS. Ecuador.

Recientemente se destaca en la misma Corte Interamericana de Derecho Humanos el caso 239 Atala Riffo y niñas vs Chile, *que se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios*²⁴⁷ a través del cual la Corte Interamericana de Justicia se pronuncia sobre el artículo 11 de la Convención, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, por lo que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de la autoridad pública²⁴⁸. Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana²⁴⁹,

*[..] la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*²⁵⁰, y que esa disposición recoge una norma

²⁴⁷ Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Caso 239, sentencia de 24 de febrero de 2012

²⁴⁸ Cfr. Caso de las Masacres de Ituango, supra nota, párr. 194 y Caso Fontevecchia y D'Amico, supra nota 28, párr. 48.

²⁴⁹ El artículo 63.1 de la Convención Americana dispone:

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

²⁵⁰ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25 y Caso Fontevecchia y D'Amico, supra nota 28, párr. 97.

*consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado*²⁵¹.

*La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (restitutio in integrum), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer una indemnización que compense los daños ocasionados*²⁵². Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados²⁵³.

Vale la pena aclarar que previamente en el caso Baldeón García Vs. Perú se estableció que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como con las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por tanto, de acuerdo con las consideraciones expuestas sobre el fondo y las violaciones a la Convención

²⁵¹ Cfr. Caso Castillo Páez Vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, párr. 50 y Caso Fontevecchia y D`Amico, supra nota 28, párr. 97.

²⁵² Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, supra nota 250, párr. 26 y Caso Fontevecchia y D`Amico, supra nota 28, párr. 98.

²⁵³ Cfr. Caso de la Masacre de Mapiripán, supra nota. párr. 294 y Caso Barbani Duarte y otros, supra nota 91, párr. 240.

declaradas, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho²⁵⁴.

En consideración a que previamente el Tribunal ha establecido que el daño inmaterial “puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia”²⁵⁵, esta sentencia en particular se destaca puesto que sobre la base de jurisprudencia anterior se determinó que con el objeto de reparar el daño inmaterial se buscarían otras medidas a más de las pecuniarias y que ellas tendrían necesariamente alcance o repercusión pública²⁵⁶. Concomitantemente la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño material y ha establecido que éste supone “la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso”²⁵⁷.

Sobre la base de estos argumentos y habiéndose comprobado plenamente que el Estado chileno violó los derechos de la señora Karen Atala Riffo y sus hijas en los procesos judiciales que sobre la base de la intromisión en la vida

²⁵⁴ Cfr. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 183 y Caso Fontevecchia y D`Amico, supra nota 28, párr. 101.

²⁵⁵ Cfr. Caso de los “Niños de la Calle”, supra nota 256, párr. 84 y Caso Fontevecchia y D`Amico, supra nota 28, párr. 120.

²⁵⁶ Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84 y Caso Familia Barrios, supra nota párr. 326.

²⁵⁷ Cfr. Caso *Bámaca Velásquez*, supra nota, párr. 43 y Caso *Fontevecchia y D`Amico*, supra nota 28, párr. 114.

privada de la señora Atala, la corte manifestó: *el presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios*²⁵⁸.

En tal sentido se dispuso por unanimidad que el Estado debe pagar la cantidad fijada de US\$ 10.000 por concepto de los gastos ya realizados por atención médica y psicológica, toda vez que el Tribunal consideró que las violaciones declaradas en esa sentencia pudieron tener efectos negativos respecto al bienestar emocional y psicológico de la señora Atala, la Corte observó que la señora Atala recibía atención médica por la afectación de su salud desde antes del proceso de tuición. Por lo tanto, la Corte fijó, con base en un criterio de equidad, la suma de US\$ 10.000 por concepto de los gastos ya realizados por atención médica y psicológica²⁵⁹.

Por otro lado, sobre la base del mismo criterio de equidad y en relación al daño inmaterial se dispuso por unanimidad que el Estado Chileno pague a la señora Atala y sus hijas “una indemnización pecuniaria” que repare el

²⁵⁸ Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Caso 239, sentencia de 24 de febrero de 2012.

²⁵⁹ Cfr. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Caso 239, sentencia de 24 de febrero de 2012. supra nota 294

“sufrimiento y las aflicciones que ha causado la vulneración de los derechos fundamentales”, el “detrimento ostensible en el proyecto de vida” y el “doloroso distanciamiento y la pérdida recíproca de madre e hijas”. La solicitud de indemnización por daño inmaterial ascendió a US\$ 100.000 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las víctimas; sin embargo, al respecto, la Corte observó que:

[...] las violaciones declaradas generaron en las víctimas diversos daños en su cotidianidad, diversos niveles de estigmatización y desasosiego. En atención a las indemnizaciones ordenadas por el Tribunal en otros casos y en consideración de las circunstancias del presente caso, los sufrimientos ocasionados a las víctimas, así como el cambio en las condiciones de vida y las restantes consecuencias de orden inmaterial que sufrieron, la Corte estima pertinente fijar, en equidad, la cantidad de US\$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América) para la señora Atala y de US\$ 10.000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) para cada una de las niñas por concepto de indemnización por daño inmaterial; la Corte determina en equidad que el Estado debe entregar la cantidad de US\$12.000 (doce mil dólares de los Estados Unidos de América) a la víctima, por concepto de costas y gastos. Dicha cantidad deberá ser cancelada dentro del plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia. La señora Atala entregará, a su vez, la cantidad que estime adecuada a quienes fueron sus representantes en el fuero interno y en el proceso ante el Sistema Interamericano. Igualmente,

el Tribunal precisa que en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la presente Sentencia, podrá disponer el reembolso a la víctima o sus representantes, por parte del Estado, de los gastos razonables en que incurran en dicha etapa procesal²⁶⁰.

Esta sentencia del caso 239 Atala e hijas versus el Estado de Chile, sienta un precedente de gran importancia a nivel de políticas públicas y presupuestarias, puesto que establece responsabilidades por daño material e inmaterial en el caso de violaciones a derechos que van más allá de la salud, educación y vivienda, se trata de garantizar derechos a una vida digna, se pronuncia en relación a la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de las personas, en esa medida no solamente conmina a los estados a garantizar estos derechos y obliga al pago por daños sufridos por la violación de tales derechos, sino que todo ello desemboca finalmente en erogaciones no presupuestadas pero de cumplimiento obligatorio.

2.4.3.8. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España.

Existe jurisprudencia de interés emitida por el Tribunal Constitucional del Reino de España referente a temas presupuestarios y del gasto público la que se incluye a continuación.

²⁶⁰ Cfr. Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Caso 239, sentencia de 24 de febrero de 2012. supra nota 296-300

- En el recurso de inconstitucionalidad aprobado el 20 de julio de 1981, el Tribunal se inclina por la tercera hipótesis, que sustenta que cuando la Constitución en el artículo 134.7 exige la expedición de ley tributaria sustantiva, se ha de entender cualquier ley exceptuando la de presupuestos, que regule los elementos concretos de la relación tributaria. La discusión se ha venido dando respecto de la naturaleza de la ley de presupuesto, la cual tiene un carácter particular. Casos hay en los que, según se ha discernido antes, el presupuesto no obra de ley.

- En los recursos de inconstitucionalidad, sentencia de 21 de mayo de 1985, el Tribunal señala que debe distinguirse entre la fuente jurídica del gasto público normalmente la Ley de Presupuestos y la de las obligaciones del Estado. Los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos Generales no son fuente de obligaciones y sólo constituyen autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. La fuente debe buscarse fuera de dichas consignaciones ya en la ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos.

- En el recurso de inconstitucionalidad, sentencia de 21 de mayo de 1987, el Tribunal reconoce que la Ley de Presupuestos ha de prever la precisión de ingresos y la autorización de gastos, sin embargo de lo cual puede

contener disposiciones relativas a materia no asimilables a estado de gastos y a la previsión de ingresos. Debe en esa Ley preverse lo atinente a la seguridad social cuyas prestaciones no corresponden al principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias.

- En los recursos de inconstitucionalidad (cuestiones), sentencias de 14 de mayo de 1992 y 28 de junio de 1994, el Tribunal concluye que para que una Ley de Presupuestos regule una materia distinta a la previsión de ingresos y gastos, debe tener relación directa con los mismos o con criterios de política económica.

- El Pleno del Tribunal Constitucional, el 21 de marzo de 2001, en el recurso de inconstitucionalidad 2481/93 concluye que si de los acuerdos producidos dentro de convenios colectivos se deriva un crecimiento superior al previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado deberán adecuarse a éste, y sólo si tal acomodación no se produce corresponde la inaplicabilidad de las cláusulas convencionales que se opongan al límite o tope máximo fijado por dicha Ley. El convenio debe someterse a la Ley y a normas de mayor rango, y no al contrario.

- En la sentencia de 16 de enero de 2003, el Pleno de Tribunal Constitucional concluye que la previsión de ingresos y gastos han de constar en una única norma, la Ley de Presupuestos Generales, la cual tiene una plazo de caducidad de un año, mas, puede ser objeto de prórroga

hasta que se aprueben los nuevos presupuestos. Las modificaciones pueden ser puntuales y únicamente por circunstancias sobrevenidas que exijan la realización de un gasto inaplazable y por circunstancias excepcionales.

- En la sentencia de 21 de noviembre de 2007, el Pleno del Tribunal Constitucional concluye que lo que no puede hacer la Ley de Presupuestos Generales, sin modificar previamente la norma legal que regula el régimen sustantivo de una determinada parcela del ordenamiento jurídico, desconocerlo, procediendo a efectuar una aplicación distinta a la prevista en la norma cuya aplicación pretende. Además, señala que la Ley mencionada como previsión de ingresos y autorización de gastos para un ejercicio dado debe respetar en tanto no las modifique expresamente, las exigencias previstas en el ordenamiento jurídico a cuya ejecución responde, so pena de poder provocar con desconocimiento situaciones de inseguridad jurídica.

- En la sentencia de 20 de julio de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional concluye que la fijación del objetivo de estabilidad presupuestaria correspondiente a cada una de las Comunidades Autónomas afecta a la garantía del equilibrio económico, a través de la política económica general y ha de ser adoptada con carácter general y de forma homogénea para todos el sistema.

2.5. La concepción de Estado ecuatoriano sobre la función del gasto público y la ejecución presupuestaria.

Se ha de cambiar de escenario y colocar al administrado, no vinculado con los entes públicos por un nexo singular proveniente de contratos de prestación de bienes y servicios, y analizar los caminos que ha de proseguir para la efectiva erogación del gasto público a que tiene derecho. Para colocar debidamente el punto es necesario diferenciar entre el derecho que se reconozca el gasto dentro del presupuesto y el que ostenta una vez efectuado ese reconocimiento para que efectivamente se erogue los correspondientes valores en su beneficio. El reconocimiento presupuestario, de modo preferente, mira al ámbito constitucional. Encuentra solución en el ejercicio de acciones previstas en la Constitución, especialmente en la denominada de protección a la que se ha aludido en Ítems anteriores. La efectiva erogación del gasto público hace necesaria relación a la ejecución presupuestaria e igualmente, de modo preferente, mira al ámbito legal.

En Ecuador, el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, expedido en fecha relativamente reciente, el 22 de octubre de 2010, contiene la legislación sobre las finanzas públicas y dentro de ella lo referente al gasto público y al presupuesto. Bajo la rúbrica Ejecución Presupuestaria contiene las normas referentes a la ejecución del gasto público. El artículo 115 concierne a la certificación presupuestaria, señala que: *Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, ni autorizar o contraer obligaciones sin la*

emisión de la respectiva certificación presupuestaria. Tal requisito no procede en los casos de sueldos y de las participaciones a los entes seccionales que se deben acreditar automáticamente. La certificación presupuestaria constituye un acto administrativo de los denominados actos de certificación. Respecto de los mismos cabe estudiar si pueden o no ser impugnados por las vías administrativa y contenciosa. La certificación presupuestaria es un pre-requisito para la expedición del acto administrativo. El artículo 116, en la parte pertinente, contempla: *Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria.* Esta disposición, al consignar que el acto administrativo debe ser expreso, excluye el silencio administrativo positivo que beneficia al que lo alega. La norma cubre al gasto correspondiente a contraprestaciones, se ha de entender respecto de aquellos que contratan con el sector público, así como a gastos en los que no haya contraprestación. El compromiso del gasto beneficia a su destinatario quién podrá exigir el cumplimiento de la correspondiente obligación. Lo analizado al estudiar la relación jurídica del gasto público encuentra cabal aplicación en el artículo 116 antes referido. Con todo, el artículo 117 ratifica la existencia de la obligación del gasto público. Por su importancia se transcribe la parte pertinente: *La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos: 1. Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación de acuerdo a lo que dispongan las normas técnicas del presupuesto que dicte el rector de las finanzas públicas; y, 2. Cuando se*

reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.

En Ecuador, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968 rige hasta la presente con reformas, sin que se haya expedido un Código Administrativo o un Código de Procedimientos Administrativos, pese a que se han formulado varios proyectos. Es una asignatura pendiente dentro del derecho público del país. Esta Ley se limita a regular los aspectos orgánico y procesal del derecho público administrativo. Dentro de esos aspectos, es atinente a todos los actos y procedimientos administrativos, excepto a los de carácter tributario, regidos por el Código Orgánico Tributario que entre otros órdenes establece un sistema especializado de justicia tributaria independiente de la justicia contencioso administrativa.

Los tribunales contencioso administrativos tendrían competencia para conocer de las acciones y recursos que en sede judicial se propongan en contra de los actos administrativos que se expidan en lo referente a la ejecución del gasto público en los términos aludidos en este Ítem. El artículo 3 de la Ley referida señala que el recurso contencioso administrativo es de dos clases de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. *El de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trate.* El de anulación u objetivo permite solicitar la nulidad del acto

impugnado por adolecer de un vicio legal. También cabe proponer los recursos en contra de actos normativos, los que por su propia índole son generales y obligatorios. Es importante señalar que la Ley en el artículo 6 excluye ciertas materias de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así: las que se refieren a la potestad discrecional de la administración; las de carácter civil, penal y las que corresponda a otras jurisdicciones; las de carácter político; las de los organismos electorales. También se ha dado competencia a la justicia contencioso-administrativa para conocer las cuestiones atinentes a la contratación pública y a la propiedad intelectual. Cabe aseverar que, excepto los casos tributarios, le corresponde conocer de todas las acciones o recursos mediante los cuales se cumple el principio constitucional de la justiciabilidad de los actos administrativos. De allí dimana que los actos que emite la administración sobre gasto público pueden ser impugnados jurisdiccionalmente ante los tribunales contencioso administrativos.

Para la ejecución presupuestaria tiene importancia práctica las denominadas Normas Técnicas del Presupuesto contenidas en Acuerdos Ministeriales. Estas Normas emitidas por el Ministerio de Finanzas, son actos normativos de valor general. El Capítulo titulado: De la Ejecución Presupuestaria prevé la emisión de actos administrativos que por su propia naturaleza son impugnables en las vías administrativa y contenciosa por los particulares que estimen han sido violados sus derechos subjetivos. Los Ítems 2.4.2.3.1. y 2.4.2.3.1.2. de las Normas conciernen al Compromiso y al Reconocimiento del Compromiso. El primero de ellos, dice que: *El compromiso de gasto es el acto*

administrativo por el que la autoridad competente decide su realización, momento en el cual se genera una reserva parcial o total de la asignación presupuestaria. Prosigue la norma y estatuye que la materialización de ese compromiso ocurre *cuando se conviene o contrata formalmente con un tercero la realización de obras, provisión de bienes, prestación de servicios, transferencias o subvenciones.* Esta norma, además, señala la existencia de un reconocimiento de obligación. El segundo Ítem se refiere a un paso ulterior, cual es el reconocimiento del gasto que se opera también con la expedición de un acto administrativo que reconoce el compromiso del gasto la materialización de la correspondiente obligación. El monto de gasto reconocido no podrá modificarse sino media la expedición de otro acto administrativo.

Para conocer la perspectiva gubernamental sobre el gasto público, su función, los organismos que intervienen en la ejecución presupuestaria, los instrumentos técnicos y metodológicos de los cuales se asiste, y sobre todo la concepción sobre el gasto social se recurrió a la SENPLADES Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo que es el organismo técnico encargado de poner en marcha el Plan Nacional de Desarrollo y el Plan Nacional del Buen vivir, donde se obtuvieron interesantes criterios a través de una entrevista²⁶¹ Marcelo Jaramillo, Coordinador General de Asesoría Jurídica; quien manifiesta:

²⁶¹ Nota Metodológica: El texto completo de la entrevista acompañado de gráficas informativas consta de los documentos complementarios de esta obra.

Se entiende como gasto público, a los recursos financieros, materiales y humanos que el sector público emplea para el cumplimiento de sus funciones, principalmente la prestación de los servicios públicos. Es de gran importancia para la economía del Estado, su administración ocasiona diversos fenómenos que pueden ser positivos o negativos para el país e incluso para los países que estén fuertemente correlacionados económicamente. Del análisis de la estructuración y aplicación del gasto público se pueden predecir ciertos comportamientos de la economía así como los fines que persigue el sector público.²⁶²

De esta entrevista se destaca el hecho de que conforme lo dispuesto en el artículo 280 de la Constitución de la República el Código Orgánico de Planificación y Finanzas públicas (Art. 34), ratifica que se sujetan al Plan Nacional de Desarrollo las acciones, programas y proyectos públicos, el endeudamiento público, la cooperación internacional, y la programación, formulación, aprobación y ejecución del Presupuesto General del Estado. El Plan Nacional de Desarrollo incorpora además la denominada Estrategia Territorial Nacional ETN (Art. 53), como el instrumento de la planificación nacional que orienta las decisiones de planificación territorial, de escala nacional, definidas por las entidades del gobierno central y los gobiernos

²⁶² Alberto Ibarra Mares, Introducción a la Finanzas Públicas, FUNDACION UNIVERSITARIA TECNOLÓGICO DE COMFENALCO, Colombia, 2009.

*autónomos descentralizados y en la misma que se identifican y territorializan las principales intervenciones y proyectos estratégicos nacionales.*²⁶³

Marcelo Jaramillo aclara que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 285 de la Constitución de la República: [...] *uno de los objetivos específicos de la política fiscal es el financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos, la redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados, la generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.*²⁶⁴

²⁶³ Siempre en el marco de los objetivos, políticas y metas previstas en el PND (denominado para este período gubernamental Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013), se formulan las denominadas Agendas Sectoriales, en las cuales en primer término y bajo la dirección del respectivo Ministerio Coordinador se establecen las políticas y acciones sectoriales; de igual forma, las Agendas Zonales que visibilizan las prioridades de intervención sectorial en el territorio a cargo del Ejecutivo; y, las Agendas de Igualdad, con la definición de políticas transversales aplicables (edad, género, etc.). Las definiciones realizadas en estos instrumentos (PND, ETN y Agendas) deben ser traducidas en acciones, planes, programas y proyectos, a ejecutarse por cada Ministerio Sectorial, Secretaría o entidad, a través de la Programación Anual de la Política Pública y POAs. Para la construcción de estos instrumentos de planificación, la SENPLADES emitió mediante los respectivos Acuerdos, la Guía Metodológica de Planificación Institucional y la Guía para la Formulación de Políticas Públicas Sectoriales en la Función Ejecutiva. Respecto de los planes, programas y proyectos de inversión pública se inicia el proceso a través del respectivo Ministerio Coordinador, para su priorización ante la SENPLADES y de ser el caso, su incorporación en los Planes Anual y Plurianual de Inversión Pública (PAI). La programación realizada por las entidades se consigna en las respectivas proformas presupuestarias, a partir de las cuales el Ministerio de Finanzas elabora la proforma del Presupuesto General del Estado, finalmente aprobado por la Asamblea Nacional. Adicionalmente, una vez asignado el presupuesto anual correspondiente, cada entidad actualiza su programación anual e inicia su ejecución. Por consiguiente, es a través del Presupuesto General del Estado, en términos generales y a través de la ejecución de los respectivos PAPPs y POAs, a través de los cuales se instrumentan las decisiones de gasto e inversión definidas desde el PND y sus demás instrumentos complementarios. Marcelo Jaramillo Villa, *Pregunta 8 Entrevista sobre el Derecho del Gasto Público*, SENPLADES Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, marzo 15, 2012.

²⁶⁴ El artículo 60 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas establece que los programas y proyectos de inversión que la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo incluya en el plan anual de inversiones del presupuesto general del Estado, de acuerdo al Plan Nacional de Desarrollo, a la Programación Presupuestaria Cuatrienal y que cumplen con los requisitos y procedimientos establecidos en el reglamento serán considerados como prioritarios, es decir que la SENPLADES es la entidad encargada de emitir los dictámenes de prioridad. El numeral 1 del Art 74 del COPFIP establece que el ente rector del SINFIP será el responsable de formular y proponer, los lineamientos de política fiscal inherentes a los ingresos, gastos y financiamiento, por tanto es el responsable de establecer las fuentes de financiamiento, es decir, de señalar cuáles son los recursos con los que se financiarán los proyectos que son considerados en el presupuesto. El mismo Código Orgánico, en Art. 78, clasifica los ingresos en permanentes y no permanentes. “Ingresos permanentes: Son los ingresos de recursos públicos que el Estado a través de sus entidades, instituciones y organismos públicos reciben de manera continua, periódica y previsible. La generación de ingresos permanentes no ocasiona la disminución de la riqueza

Sin embargo, al final del día, la atención del gasto público social depende del presupuesto tanto el instrumento jurídico como tal, así como de la disponibilidad real de partidas presupuestarias que puedan cubrir tales erogaciones. La Constitución de la República establece en sus artículos 280 y 293 que la formulación y la ejecución del Presupuesto General del Estado se sujetarán al Plan Nacional de Desarrollo, y conforme el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en su artículo 96, las etapas del ciclo presupuestario, de cumplimiento obligatorio para todas las entidades y organismos del sector público son, 1) programación presupuestaria, 2) formulación presupuestaria, 3) aprobación presupuestaria, 4) ejecución presupuestaria 5) evaluación y seguimiento presupuestario y 6) clausura y liquidación presupuestaria.

nacional. Por ello, los ingresos permanentes no pueden provenir de la enajenación, degradación o venta de activos públicos de ningún tipo o del endeudamiento público”. “Ingresos no-permanentes: Son los ingresos de recursos públicos que el Estado a través de sus entidades, instituciones y organismos, reciben de manera temporal, por una situación específica, excepcional o extraordinaria. La generación de ingresos no-permanentes puede ocasionar disminución de la riqueza nacional. Por ello, los ingresos no permanentes pueden provenir, entre otros, de la venta de activos públicos o del endeudamiento público”. Por su parte, el Art. 79 del mismo cuerpo legal, clasifica los egresos fiscales en permanentes y no permanentes. “Egresos permanentes: Son los egresos de recursos públicos que el Estado a través de sus entidades, instituciones y organismos, efectúan con carácter operativo que requieren repetición permanente y permiten la provisión continua de bienes y servicios públicos a la sociedad. Los egresos permanentes no generan directamente acumulación de capital o activos públicos”. “Egresos no-permanentes: Son los egresos de recursos públicos que el Estado a través de sus entidades, instituciones y organismos, efectúan con carácter temporal, por una situación específica, excepcional o extraordinaria que no requiere repetición permanente. Los egresos no-permanentes pueden generar directamente acumulación de capital bruto o activos públicos o disminución de pasivos. Por ello, los egresos no permanentes incluyen los gastos de mantenimiento realizados exclusivamente para reponer el desgaste del capital”. De igual manera, para el caso de modificación presupuestaria el artículo 118, inciso quinto, del mismo cuerpo legal señala que: en caso de modificaciones en el Presupuesto General del Estado que impliquen incrementos de los presupuestos de inversión totales de una entidad ejecutora o la inclusión de nuevos programas y/o proyectos de inversión, se requerirá dictamen favorable de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. En los demás casos, las modificaciones serán realizadas directamente por cada entidad ejecutora. De lo mencionado, se puede señalar que cuando los ingresos corrientes no son suficientes para satisfacer necesidades sociales fundamentales, su financiamiento en el marco del concepto de inversión pública, podrá realizarse través de programas y proyectos de esta naturaleza, y cuando responda a gasto no permanente, a través de otras fuentes, inclusive de endeudamiento público. Marcelo Jaramillo Villa, *Pregunta 11 Entrevista sobre el Derecho del Gasto Público*, SENPLADES Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, marzo 15, 2012.

Específicamente, la etapa de ejecución presupuestaria, comprende el conjunto de acciones destinadas a la utilización óptima del talento humano, y los recursos materiales y financieros asignados en el presupuesto con el propósito de obtener los bienes, servicios y obras en la cantidad, calidad y oportunidad previstos en el mismo. El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en la Sección IV Ejecución Presupuestaria (Arts. 113 al 118) establece las disposiciones aplicables a esta fase del ciclo presupuestario, referentes en lo principal, a la programación de la ejecución, certificaciones presupuestarias, establecimiento de compromisos, modificaciones presupuestarias, devengamientos y pago de obligaciones. En cuanto a la calidad de ente vector, el Art. 71 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, señala que corresponde a la Presidenta o Presidente de la República, la rectoría del Sistema Nacional de las Finanzas Públicas SINFIIP, quien la ejercerá a través del Ministerio a cargo de las finanzas públicas, que será el ente rector. En ese sentido, conforme el Art. 96 del COPFIP, el Ministerio de Finanzas, con la finalidad de asegurar una adecuada coordinación de procesos interinstitucionales en todas las fases del ciclo presupuestario, emitirá lineamientos a todas las entidades del sector público, excepto para los Gobiernos Autónomos Descentralizados para los cuales estos lineamientos serán referenciales. Adicionalmente, para la ejecución presupuestaria, entre otras normas, son aplicables las disposiciones del Acuerdo No. 447 de 24 de enero de 2008 y sus reformas,

*relativo a la Normativa del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, emitido por el Ministerio de Finanzas.*²⁶⁵

Para garantizar el principio de transparencia en la gestión y asignación de recursos el Ecuador cuenta con el SIGEF Sistema de Gestión Financiera del Sector Público, *que se instituye mediante Acuerdo Ministerial No. 444, de 24 de enero de 2008, Marcelo Jaramillo lo describe como un sistema integral de administración financiera, que maneja el sector público, centralizada en la parte*

²⁶⁵ Es necesario recordar que el Art. 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas establece que ninguna entidad u organismo público podrá contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria. El procedimiento interno implementado en la SENPLADES, para la emisión de la certificación presupuestaria es el siguiente: * Recepción de la solicitud de certificación debidamente aprobada por autoridad competente. * Verificar que la actividad que requiere el gasto conste en la planificación institucional y en el clasificador de gastos. * Análisis de disponibilidad presupuestaria y de la procedencia de modificaciones presupuestarias. * Generación del módulo de estructuras presupuestarias, e identificación del grupo de gasto y área de aplicación del recurso (geográfico), para la creación de la partida. * Una vez creada la partida se emite el formulario físico que debe ser suscrito por los funcionarios responsables del área financiera y presupuestaria. Para el caso de gastos emergentes, el procedimiento a seguir por la unidad responsable de la ejecución presupuestaria de la entidad, se inicia comprobando que la actividad que requiere el gasto conste en la planificación institucional, si, realizada la verificación se establece que no se halla registrada dentro de la planificación institucional y en el clasificador de gastos, a la unidad le corresponde analizar la posibilidad de realizar modificaciones presupuestarias a las partidas de gastos permanentes o si fuera el caso, a las partidas de gastos no permanentes de manera que puedan cubrir este tipo de gastos. Sin perjuicio que deberá gestionar en el Ministerio de Economía y Finanzas la reposición de los recursos que utilizó para cubrir los gastos emergentes. El artículo 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas determina que ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria. El numeral 2.4.2.3.1.1 de las Normas del Sistema de Administración Financiera del Sector Público (Acuerdo Ministerial No. 441 R.O. (S) No. 259 24-01-2008 y subsiguientes reformas) señala que, en cuanto la autoridad competente disponga la realización de un gasto con cargo a la asignación del presupuesto, la unidad responsable de la ejecución presupuestaria procederá a efectuar una reserva de compromiso, por la totalidad o una parte de la asignación, en el equivalente del monto estimado del gasto a comprometer; para el efecto, emitirá la certificación correspondiente. Específicamente, en el ámbito de la contratación pública, la emisión de la certificación presupuestaria determinada como obligatoria para iniciar cualquier proceso precontractual, se realiza conforme a las disposiciones del Art. 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y Art. 27 de su Reglamento General. El procedimiento interno implementado en la SENPLADES para la emisión de una certificación presupuestaria es el siguiente: * Recepción de la solicitud de certificación debidamente aprobada por autoridad competente * Verificación que la actividad que requiere el gasto conste en la planificación institucional y en el clasificador de gastos. * Análisis de disponibilidad presupuestaria, y de ser necesario, sobre la procedencia de modificaciones presupuestarias. * Generación del módulo de estructuras presupuestarias e identificación del grupo de gasto y área de aplicación del recurso (geográfico), para la creación de la partida. Una vez creada la partida se emite el formulario físico que debe ser suscrito por los funcionarios responsables del área financiera y presupuestaria. Marcelo Jaramillo Villa, *Pregunta 4 y 5 Entrevista sobre el Derecho del Gasto Público*, SENPLADES Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, marzo 15, 2012.

de la contabilidad gubernamental y descentralizada en la parte presupuestaria. Toda la información contable es generada en las instituciones públicas desde donde envían la información al Ministerio de Finanzas para que se consolide la contabilidad gubernamental. Está compuesto por tres campos: Presupuesto, Contabilidad y Tesorería. Este sistema tiene como función primordial mostrar todos los procesos utilizados para la generación de la programación de la ejecución presupuestaria en sus diferentes fases: indicativa anual, cuatrimestral de compromiso, mensual de devengado y reprogramación financiera. En el mismo se pueden apreciar los diferentes estados por los que atraviesa la programación de la ejecución desde que lo registra la Unidad Ejecutora hasta cuando lo aprueba el Comité de las Finanzas Públicas y es registrada esa aprobación dentro del sistema por la Subsecretaría de Presupuestos. El detalle del funcionamiento y manejo de las distintas funcionalidad brindadas por el SIGEF constan de los instructivos emitidos por el Ministerio de Finanzas.²⁶⁶

La inversión social es de gran importancia para el Plan Nacional de Desarrollo, para ello se requiere de la elaboración del Plan Anual de Inversiones, esta herramienta de acuerdo con Marcelo Jaramillo *implica una serie de políticas y directrices, las mismas que son discutidas y trabajadas por la SENPLADES de manera conjunta con el Ministerio de Economía y Finanza, el Ministerio Coordinador de la Política, y en algunas ocasiones interviene también el Banco*

²⁶⁶ Marcelo Jaramillo Villa, *Pregunta 6, Entrevista sobre el Derecho del Gasto Público*, SENPLADES Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, marzo 15, 2012.

*Central, a fin de que todas las entidades públicas tengan iguales oportunidades.*²⁶⁷

Toda la instrumentación del ciclo presupuestario se maneja a nivel técnico a través de un sistema informático, y como bien lo aclara el coordinador jurídico de SEMPLADES, *como ocurre en la mayor parte de sistemas informáticos públicos, el Sistema de Inversión Pública se maneja por claves, las mismas que trabajan por grupos o niveles de usuarios. El sistema puede ser utilizado para ingresar datos, para realizar consultas, o para actualizar información.*²⁶⁸

Sobre el rol principal de la SEMPLADES en la ejecución del presupuesto general del Estado ecuatoriano, conforme lo dispuesto en los artículos 55, 60, 65

²⁶⁷ El proceso de elaboración del Plan implica una primera etapa que comprende cuatro fases: Apertura del sistema: 1.- En la fecha establecida en la página Web de la SEMPLADES se da inicio a la apertura del sistema para el ingreso de los proyectos. Ingreso de Proyectos: 2.- Una vez abierto el sistema, las entidades públicas podrán acceder al mismo y conocer las fechas exactas durante las cuales pueden subir sus proyectos, así como también los requisitos que deben cumplir los mismos. Postulación de Proyectos: 3.- Una vez que las entidades públicas han ingresado al sistema sus proyectos, estas podrán conocer a través del mismo sobre las fechas exactas para la postulación de los proyectos a cargo de las Unidades Ejecutoras las mismas que pueden ser: Ministerios Coordinadores, Ministerios y entidades adscritas (la fase de postulación implica el periodo en el cual las unidades ejecutoras califican el nivel de importancia de los proyectos). Cerrado el período de postulación, la SEMPLADES identifica los proyectos de acuerdo al criterio que durante la fase de postulación han merecido y los jerarquiza. Los criterios bajo los cuales jerarquiza un proyecto son: Proyectos de arrastre, a) Compromisos presidenciales, b) Proyectos que cumplan con los objetivos del plan nacional de desarrollo, c) Que se encuentren dentro las competencias de las entidades que presenta el proyecto, c) Que cuenten con el dictamen de prioridad. Es necesario indicar que para el presente año (2012) se incluirá como parte de los criterios: la territorialización de inversión y la distribución de gastos, así como también el número de población.

Este proceso de jerarquización de proyectos tiene un periodo de duración aproximado de dos meses., el cual una vez terminado, permite a la SEMPLADES, elaborar la primera versión del PAI; que permitirá al Ministerio de Economía y Finanzas establecer las fuentes de financiamiento y definir con que recursos se financiarán cada uno de los proyectos. El proceso dura, hasta que exista una versión del Plan Anual de Inversiones depurada y estén definidas las fuentes de financiamiento. A las reuniones para establecer las fuentes de financiamiento y obtener la versión final del PAI, podrán asistir además de los Ministerios del área, la Presidencia de la República. Una vez depurado el PAI, el Ministerio de Economía y Finanzas será el encargado de enviarlo a la Asamblea para su aprobación, y finalmente una vez aprobado el Plan será subido al e- SIGEF. Marcelo Jaramillo Villa, *Pregunta 12 Entrevista sobre el Derecho del Gasto Público*, SEMPLADES Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, marzo 15, 2012.

²⁶⁸ Marcelo Jaramillo Villa, *Pregunta 13 Entrevista sobre el Derecho del Gasto Público*, SEMPLADES Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, marzo 15, 2012.

y 118 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, los pronunciamientos que emita la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo se refieren exclusivamente a la priorización de programas y proyectos de inversión pública, y para proyectos y programas a ser financiados con recursos de cooperación internacional no reembolsable, y para las modificaciones presupuestarias que afectan a los mismos.²⁶⁹

Una de las mayores interrogantes que se ha presentado durante del desarrollo del presente estudio, estaba en determinar si contando en el Ecuador con un sistema jurídico garantista y con toda una estructura administrativa y judicial abierta recibir requerimientos para la ejecución presupuestaria, efectivamente se han presentado reclamo o recurso alguno. Al respecto en entrevistado supo manifestar:

Hasta el momento en el área de patrocinio jurídico de la coordinación General de Asesoría Jurídica de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – SENPLADES, no se registra alguna acción administrativa o judicial presentada por persona natural o jurídica con el objetivo de que se le asigne recursos económicos para satisfacer sus necesidades o garantizar el ejercicio de sus derechos. No obstante lo cual se debe indicar que ante la Fiscalía Provincial del Napo, el Sr. Ingeniero Freddy Briones de Pedro, Gerente Técnico de la Cooperativa de Producción Agro

²⁶⁹ Marcelo Jaramillo Villa, *Pregunta 14 Entrevista sobre el Derecho del Gasto Público*, SENPLADES Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, marzo 15, 2012.

Empresarial del Napo- CODAE, presentó una denuncia por supuesta violación de derechos de autor en contra de la Secretaría Nacional de Planificación, pues alegó que la SENPLADES a través del Sistema de Gestión Financiera del Sector Público había destinado recursos que según él, le pertenecían a la Cooperativa y que fueron canalizados para financiar otro proyecto, el cual tenía supuestamente el mismo nombre, y que fue presentado por el Consejo Nacional de Desarrollo Afroecuatoriano CODAE.²⁷⁰

La denuncia presentada en contra de la SENPLADES, por violación de derechos de autor a través del sistema de gestión, por el cual supuestamente se habrían asignado recursos del proyecto CODAE (Cooperativa de Producción Agro Empresarial del Napo), al Consejo Nacional de Desarrollo Afroecuatoriano CODAE, mereció investigación previa por parte de la Unidad de Delincuencia Organizada de la Fiscalía Provincial de Pichincha. Al cabo de un año de investigaciones la causa fue desestimada por el fiscal, al no demostrarse la existencia de delito alguno. Cabe anotar que sobre la base de esta denuncia la Cooperativa de Producción Agro Empresarial del Napo (Organización no gubernamental), pretendía que el Estado ecuatoriano le asigne dos millones cuatrocientos cincuenta y siete mil ochocientos noventa y nueve 97/00 dólares de los Estados Unidos de América. Estos recursos iban a ser orientados para el desarrollo del proyecto denominado

²⁷⁰ Marcelo Jaramillo Villa, *Pregunta 1 Entrevista sobre el Derecho del Gasto Público*, SENPLADES Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, marzo 15, 2012.

“Fortalecimiento de la Cooperativa, Producción y Comercialización del cacao, maíz y plátano”.²⁷¹

Finalmente, sobre la obligación del Estado de efectuar erogaciones a favor de particulares cuando se trate de acciones de resarcimiento de daños, Marcelo Jaramillo comenta que se debe tomar en cuenta el artículo 11, numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador que establece: *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la*

²⁷¹ Marcelo Jaramillo Villa, *Pregunta 2 Entrevista sobre el Derecho del Gasto Público*, SENPLADES Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, marzo 15, 2012.

*responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos”.*²⁷²

²⁷² Sobre la base de lo previsto en la Constitución de la República y en los casos en que se determine la responsabilidad del Estado en sus actos, hechos o contratos, se debe aplicar lo dispuesto en el Art. 170 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas que establece: “Las entidades y organismos del sector público deberán dar cumplimiento inmediato a las sentencias ejecutoriadas y pasadas en autoridad de cosa juzgada, y si implican el egreso de recursos fiscales, dicha obligación se financiará con cargo a las asignaciones presupuestarias de la respectiva entidad u organismo, para lo cual si es necesario se realizarán las reformas respectivas en el gasto no permanente. Los recursos de la Cuenta Única del Tesoro son inembargables y no pueden ser objeto de ningún tipo de apremio, medida preventiva ni cautelar. Marcelo Jaramillo Villa, *Pregunta 3 Entrevista sobre el Derecho del Gasto Público*, SENPLADES Secretaria Nacional de Planificación y Desarrollo. Quito, marzo 15, 2012.

Capítulo IV

1. Contenidos mínimos del derecho del gasto público. 2. Derecho del gasto público y el derecho presupuestario. 3. Derecho constitucional del gasto público.

Este Capítulo no pretende sentar las bases de un nuevo ramo jurídico en el campo de las finanzas públicas. Sobre todo, no tiene como finalidad el sustentar la existencia del derecho del gasto público autónomo e independiente del derecho de las finanzas públicas. Su propósito es más modesto y se limita al ámbito didáctico. Pretende dar los lineamientos básicos de esta disciplina jurídica que evidentemente tiene cercana relación con el derecho presupuestario. De allí su lema *contenidos mínimos del derecho del gasto público*. Los aspectos a afrontar son los siguientes: 1. Contenidos básicos del derecho del gasto público; 2. El derecho del gasto público y el derecho presupuestario; 3. El derecho del gasto público frente a la Constitución.

1. Contenidos mínimos del derecho del gasto público.

Los contenidos básicos del derecho del gasto público, cual en cualquier otro ramo jurídico, se refieren a los ámbitos que abarca. Según se ha venido exponiendo, el gasto contrasta con el ingreso. Del mismo modo que existen normas que atañen a los ingresos y entre ellas a los tributarios que tienen un color marcadamente público, existen normas sobre el gasto público, las cuales entre sí,

no son de similar naturaleza. Por lo general las que tienen como antecedente el mundo unilateral difieren de las que lo tienen el mundo bilateral. El derecho del gasto público, por lo tanto, incluye normas de derecho público y normas de índole contractual que en parte se nutren del derecho público y en parte sobresaliente del derecho privado, el cual en gran manera ha sufrido un proceso de publicitación en la medida que la voluntad de las partes no es el único baremo a tener en cuenta. Bayona de Perogordo sustenta que el derecho de los gastos públicos debe comenzar con el estudio de las fuentes normativas y los principios constitucionales, debiéndose incluir la potestad del gasto público, los sujetos que intervienen, la determinación de las necesidades públicas y la correspondiente consignación presupuestaria, así como la salida de los fondos públicos con sus fases de autorización y disposición del gasto; á contracción de la obligación y ordenación y realización del pago en la parte especial el crédito oficial o la subvención, el aval del Estado el fondo de Acción Coyuntural o el gasto derivado de la sentencia²⁷³. Con la designación de derecho de los gastos públicos, en la práctica, el autor incluye lo que corresponde al gasto y lo que corresponde al presupuesto.

La potestad del gasto público corresponde fuera de duda al Estado, y en general a las entidades que forman el sector público. El poder de gastar no ha de confundirse con la facultad de beneficiar a los destinatarios del gasto, los cuales pueden ser entes públicos o privados. Es un *imperium* que se fundamenta en la ley y en el último término en la Constitución. Aquí encaja las consideraciones de

²⁷³ Juan José Bayona de Perogordo, *Ibíd.*, p. 79-80.

Corti aludidas de que gastar no es una simple actividad registrable; que es erogar con algún sentido. Ese sentido no es otro que el interés público. Ello aunque los caudales se entreguen a individuos o colectivos privados. De la mano aparece el tema de las necesidades públicas que deben ser satisfechas. El derecho del gasto público tiene como norte el colmarlas en sus diversos grados de urgencia. Es un ramo jurídico instrumental como lo es de manera general la hacienda pública y las ciencias que a ella conciernen dentro de los diversos ángulos, inclusive el jurídico. El concepto de necesidades públicas es relativo a determinados ámbitos temporales y espaciales. Es variable, pero puede aseverarse que se ha ampliado con posterioridad a las dos guerras mundiales. Hoy a más de la seguridad interna y externa, la salud, la educación y la justicia, incluye la defensa del medio ambiente, el clima, la seguridad social.

Las necesidades públicas conllevan la organización de los servicios públicos los cuales se brindan por el propio Estado o son concesionados para atender una necesidad reconocida como de interés general. A estos extremos se refiere ampliamente Andrés Serra Rojas²⁷⁴. Los servicios públicos suponen una actividad general, continua, que ordinariamente es gratuita para sus beneficiarios, pero que en casos puntuales puede ser onerosa para ellos, ya mediante el pago de tasas, ya con precios públicos, en la medida que la actividad estatal *per se* no persigue fines de lucro. Herman Jaramillo Ordóñez en forma amplia incluye en su obra los variados matices que se han enunciado sobre los servicios públicos²⁷⁵.

²⁷⁴ Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México D.F. 2006, p. 110 y siguientes.

²⁷⁵ Herman Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional de Loja, Ecuador, 2005, p. 186 y siguientes.

El notabilísimo tratadista argentino Rafael Bielsa propone asertos clarificadores sobre el tema y afirma que la función pública es lo abstracto y general y el servicio público es lo concreto y particular; que las necesidades públicas son satisfechas mediante la dotación de servicios públicos brindados por el Estado, o en casos, por entes privados regulados por el propio Estado. A los primeros denomina servicios públicos propios; a los segundos, servicios públicos impropios²⁷⁶. La definición de Bandeira de Mello es omnicompreensiva del quehacer estatal en este ámbito. Define del siguiente modo: *Servicio público es toda actividad de ofrecimiento de utilidad o comodidad material destinada a la satisfacción de la colectividad en general, pero que puede, disfrutar en forma singular los administrados, que el Estado asume como pertinente a sus deberes y presta por sí mismo o por quién haga sus veces, bajo un régimen de derecho público por lo tanto consagrados de prerrogativas d supremacía y restricciones especiales-, instituido en favor de los intereses definidos como públicos en el sistema normativo*. El autor señala como principios de los servicios públicos los de mutabilidad, continuidad e igualdad²⁷⁷. Marienhoff profundiza las cuestiones referentes a la financiación del servicio público y sustenta que los denominados propios, de modo general han de ser gratuitos para los usuarios, mas, financiados con impuestos; que en algunos casos pueden ser financiados por medio de tasas que cubran parcialmente el costo; que en este último caso cabe hablar de onerosidad, pero de ninguna manera de lucro²⁷⁸. El derecho del gasto público ha

²⁷⁶ Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, Sexta Edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 458 y siguientes.

²⁷⁷ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Ibíd*em, p. 593.

²⁷⁸ Miguel S. Marienhoff, *Ibíd*em, Tomo II, p. 117 y siguientes.

de tener presente las formas de financiación del servicio público, especialmente si existen aportes de sus beneficiarios.

La relación jurídica de gasto público referida en el Ítem 1 del Capítulo III es el cardumen del derecho del gasto público. Sin embargo, según se deja advertido, no es propicia a todos los tipos de gasto. Quedarían ciertamente excluidos los correspondientes a proveedores de bienes y servicios regidos por una relación contractual. Igualmente quedarían excluidos los gastos que se puedan considerar facultativos. Los sujetos activo y pasivo, el nacimiento y exigibilidad de la obligación, e inclusive, en buena parte, la extinción de la misma, siguen decursos diversos, según sean gastos públicos que tienen su origen en la unilateralidad o en la bilateralidad. Con la salvedad dicha, aquí corren las hipotizaciones de Pérez de Ayala, de Bayona de Perogordo y de González Sánchez. Sobre la existencia de una relación jurídica de gasto público, de modo similar a lo que acaece en el fuero tributario, cabría diferenciar entre la relación del gasto y la obligación del gasto. La relación tiene un contenido más amplio atiene al universo total de mutuas obligaciones y deberes que surgen entre los sujetos activo y pasivo con ocasión del gasto público. Dicha relación constituye un modo de explicar el fenómeno. Su existencia no se encuentra reconocida en forma explícita. La obligación es el principal contenido de la relación. Su existencia no puede ser discutida y constituye su contenido principal. González Sánchez, ya aludido, preconiza esa diferencia y distingue entre la relación del gasto y la obligación del gasto. Según él, reiteramos, la relación del gasto se referiría a la ordenación del gasto y su hecho generador debería situarse en el

plano del propósito del gasto de la Administración, que haría viable la contratación del mismo, mientras que la obligación del gasto tendría su hecho generador en la propia contratación del gasto y comprendería la liquidación y ordenación del gasto.

El derecho del gasto público, como cualquier otro ramo jurídico, se ha de sujetar a principios que definen su identidad. Se han enunciado variados principios que corresponden a diversas ópticas. Muchos de ellos son de carácter general, miran dentro de un tenor general a la actividad financiera, a la actividad administrativa y a los ramos jurídicos que a ellas conciernen. Corresponde hacer un esfuerzo de precisión que sirva de base al derecho del gasto público. Los postulados que hablan de la reserva de ley, justicia, progresividad, solidaridad, eficacia, eficiencia, transparencia, razonabilidad, subsidiariedad, planificación, competencia que son atendibles y deseables, atienen al gasto público como parte importante de la actividad financiera del Estado, antes que sólo al derecho del gasto público. Es de anotar que el carácter subsidiario del gasto público no tiene carácter absoluto y deriva de una concepción de los fines del Estado que no es necesariamente unánime. En el Ecuador, de acuerdo a la Constitución vigente esa orientación no tiene plena cabida. Las notas sobresalientes del gasto público que deberían recogerse en el derecho que lo normativiza son la equidad y la eficiencia, las cuales se encuentran al servicio de la vocación financiadora del servicio público y en último término del bien común que ha de perseguir el Estado y de los entes que lo integran y de instrumento necesario para actuar la política económica. Siguiendo a Violeta Ruiz Almendral, ya citada, la justicia,

que podría entenderse como la equidad del gasto, ha de combinarse con el principio de capacidad económica propio del orden tributario. El aserto de que la justicia tributaria guarda relación inseparable con el gasto público y de que el gasto y el ingreso son dos momentos indisolubles es de suma importancia, más, se lo ha de aceptar cuidadosamente. Representa un deber ser. La posición del Estado y de los administrados frente a los ingresos y frente a los gastos debe ser coherente y recíproca, sin embargo de lo cual no cabría que sea condicionada. Los actos administrativos, los procedimientos administrativos, los remedios administrativos y jurisdiccionales, en cada uno de esos momentos, son autónomos y fluyen de acuerdo a rutas previstas con antelación por las normas. A la equidad se suma la eficiencia y también la economicidad, arribándose, con las limitaciones señaladas a proponer el principio de la coherencia entre recursos y gastos. La justicia del gasto se subsume en su legalidad que para eso está el presupuesto. Aquí nuevamente acudimos a Bayona de Perogordo, quién fue citado anteriormente, en cuanto preconiza que la equidad se resume en garantizar la satisfacción mínima de las necesidades públicas y que la justicia material del gasto secuela de su equidad comporta la ausencia de discriminaciones y la interdicción de la arbitrariedad. A este propósito es dable reafirmar que las cuestiones inherentes a la equidad del gasto y a la correspondiente asignación de recursos respecto de los singulares habitantes de un país, tienen mayor relación con los derechos económicos, sociales y culturales que con los derechos civiles y políticos.

Pueden las decisiones presupuestarias y de gasto público lesionar los derechos fundamentales. Así, puede ocurrir que se expida una ley que supedita el ejercicio de un derecho a asignaciones presupuestarias que resultan inexistentes o insuficientes; un acto administrativo que conlleva similar situación; una inactividad estatal que se origina en una asignación presupuestaria inexistente; una decisión judicial cuyo cumplimiento se encuentra sujeto a asignaciones presupuestarias que devienen inexistentes o insuficientes. En cuanto al contenido de la ley presupuestaria respecto de la debida aplicación de los derechos fundamentales, Corti da cuenta de dos sentencias que revelan dos posiciones de la jurisprudencia. La primera supedita a la ley el alcance de los derechos consagrados en la Constitución, la segunda contempla una solución contraria.

En el caso *Chocobar y Villagra* se estatuye que la Constitución no precisa el significado de movilidad de las pensiones jubilares, debiéndose estar a lo que el legislador consagra en el orden presupuestario. El razonamiento básico para sustentar la tesis es el siguiente:

El razonamiento de la mayoría de la Corte puede ser reconstruido en los siguientes términos: los tratados constitucionalizados contienen enumeraciones de derechos; el contenido y alcance de algunos de esos derechos se encuentra subordinado a los recursos financieros disponibles; los recursos disponibles pueden evaluarse a través de la decisión presupuestaria, de forma que el contenido y alcance de algunos de esos derechos se encuentra subordinado a lo que se disponga mediante

la Ley de Presupuesto; tal “peculiaridad” de algunos derechos resulta legítima, pues todos los aspectos de los tratados resultan compatibles con los del texto constitucional propiamente dicho; por ende hay que admitir la existencia jurídica de “derechos fundamentales subordinados a los términos presupuestarios” aún cuando tal categoría no formara parte de la parte dogmática de la Constitución histórica; claro que si esa categoría es, por definición del propio constituyente reformador, compatible con la parte dogmática, ello significaba que ya formaba parte aunque sea de manera implícita o en germen, en dicha parte dogmática.

Posteriormente, en el caso *Sánchez*, la Corte Suprema Argentina cambió la tesis y en lo sustancial sostuvo: que el sentido de los tratados internacionales de derechos humanos, no es el de limitar los derechos, sino el de promover su plena efectividad; que la pauta es la no regresividad y la primacía de la norma interna más favorable, aún frente a la norma internacional. Sería en consecuencia posible analizar la posible existencia de omisiones inconstitucionales de carácter presupuestario.

En otro caso, en el cual se exigió que el Estado suministrara asistencia, rehabilitación y suministros de medicamentos a los enfermos del virus VIH, sida, la Cámara Contencioso Administrativa y posteriormente la Corte confirmó la sentencia inicial, *ya que el Estado incumplió con su deber de suministrar medicamentos, en la medida en que la defensa de la salud es una consecuencia de la protección del derecho a la vida, sin efectuar consideración alguna sobre*

cuestiones presupuestarias involucradas. Sencillamente, se constató la existencia de un deber, de un incumplimiento de ese deber y se impidió cumplirlo. El énfasis es añadido²⁷⁹.

La discusión no se la puede sintetizar en el aserto presupuesto, mejor dicho gasto vs. derechos fundamentales, sino en la medida en que éstos puedan ser atendidos previa reglamentación. Es evidente que frente a determinados derechos no cabe limitación presupuestaria y que estos presentan diferentes grados de urgencia.

En el caso ecuatoriano, vale decir en el derecho del gasto público del país, habría que tener presente dos principios irreductibles, cuales son la solidaridad y el de la necesaria planificación. La solidaridad incluye varios planos, la interindividual, en el entorno interno, la interseccional y en el entorno internacional, entre todos los pueblos. Estos principios junto a los de legalidad, equidad y eficacia han de configurar un haz armónico que sustantiviza este ramo jurídico. Además, sirven para la debida inteligencia e interpretación de las normas del gasto público, singularmente cuando surgen dudas respecto de su alcance. El artículo 31.2 de la Constitución del Reino de España que es ciertamente innovador dice: *El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.* Yebra Martul-Ortega, en forma particularizada, da razón de cómo se llegó a aprobar esta reforma en el Congreso

²⁷⁹ Horacio G. Corti, *Ibíd.*, p. 763 y siguientes.

de los Diputados y en el Senado. Resalta las intervenciones del Profesor Fuentes Quintana uno de sus artífices. Respecto de la proyección de la equidad y en general de los principios del gasto público, sustenta que son de difícil realización en comparación con los que gobiernan la imposición. Adhiere a la posición de que las decisiones de gasto público son puramente políticas y por tanto no justiciables²⁸⁰. La justiciabilidad de los extremos referentes a la equidad es de fácil recibo, pues, trata de examinar si se violan o no derechos de particulares y colectivos. La eficiencia del gasto público es de menos fácil recibo en cuanto a su justiciabilidad, en razón de que depende del modelo económico observado en un país y en el fondo de las políticas que implantan los que se encuentran frente al gobierno. Ayuda a definir lo que se debe entender por eficiencia las expresiones de Buchanan. El señala que es el grado de correspondencia entre los beneficios individuales recibidos de los servicios públicos marginales y los costes de los mismos servicios públicos impuestos al individuo. Sin embargo, el propio autor, reconoce la relatividad del concepto y manifiesta que los sistemas fiscales reales se organizan y cambian de acuerdo con muchas finalidades en pugna, siendo la eficiencia, en los términos en que se la ha definido, relativamente poco importante²⁸¹. En Ecuador el principio de la necesaria planificación que tiene relación con la eficiencia, es principio constitucional y por ello bien cabría, potencialmente, ante su inobservancia, hablar de justiciabilidad.

²⁸⁰ Perfecto Yebra Martul-Ortega, *Constitución Financiera Española*. Instituto de estudios Fiscales, Madrid, 2004, p. 230-236.

²⁸¹ James M. Buchanan, *Ibídem*, p. 253.

El ya mencionado autor argentino Horacio C. Corti, claramente manifiesta que el desarrollo de un derecho constitucional presupuestario, la sujeción de la decisión presupuestaria a diversos principios jurídicos como el de reserva de la ley o el de razonabilidad, la existencia de una cuestión presupuestaria en cuanto eventual razón alegada por el Estado para justificar la no realización de políticas públicas con relación a los derechos humanos, son todos factores que conducen a considerar la sujeción de las decisiones presupuestarias al control judicial de constitucionalidad²⁸², expresa además que el principio básico es claro y afirma de que el presupuesto no es ni puede ser ajeno al conocimiento de los jueces.

Así, Corti nos presenta una serie de argumentos fundamentados en fallos jurisprudenciales de trascendencia histórica en el acervo jurídico argentino. En tal sentido, señala sobre la base de su investigación, que *todas las decisiones financieras son susceptibles de ser conocidas por los jueces y de ser objeto del control judicial de constitucionalidad*²⁸³, toda vez que en un Estado de Derecho, las decisiones, en mayor o menor medida, según sus características y conforme el régimen constitucional establecido, son susceptibles de control constitucional, aun si se trata de una política, incluso presupuestaria.

Corti analiza la línea interpretativa por la que han comenzado a transitar en los últimos años los tribunales argentinos y aunque aclara que la si bien cabe recordar la existencia de cuestiones políticas no justiciables constituye todavía un

²⁸² Horacio Corti; Derecho Constitucional Presupuestario. Obra citada. Pg. 881

²⁸³ *Ibidem*. Pg. 882

tema sujeto a debate tanto por la doctrina como en la jurisprudencia; respecto a las decisiones judiciales se advierte

Una trascendente evolución, que muestra una tendencia, cada vez mayor, si no a la eliminación total de una categoría de actos exentos de control judicial, sí a circunscribirlos a límites precisos. Así sucede por ejemplo, con la jurisprudencia de V. E. que, desde el lejano precedente de 1893, ‘Cullen v. Llerena’ (Fallos 53:420), en donde la opinión mayoritaria consagro la injusticiabilidad de las mentadas cuestiones [...] hasta llegar a nuestros días en donde prácticamente no existen bloques temáticos de la actividad de poderes del Estado que carezcan de control judicial²⁸⁴, el autor indica que prácticamente se ha llegado a dismantelar la doctrina anterior y se han efectuado pronunciamientos innovadores como aquel destacado en el caso ‘Tolozá’ sentencia del tribunal superior de Justicia de la ciudad, en cuyo fallo se expresa que los jueces deben interpretar la ley siendo neutrales al gasto público y que bajo la concepción individualista de los derechos sociales [...] este importantísimo y fundamental mandato constitucional no se cumple: el juez reemplaza a la Legislatura en la creación de dinero público y, obviamente, en la necesidad de establecer tributos, sin embargo, no es función del juez impactar en el nivel de tributación. El juez no está para crear impuestos indirectamente, el juez está para interpretar la ley²⁸⁵. A través de acertadas expresiones retoma fuerza la doctrina de la no justiciabilidad del Estados, ante lo cual Corti, emite

²⁸⁴ *Ibidem*. Pg. 883.

²⁸⁵ *Ibidem*. Pg. 885

algunos comentarios tales como que los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la incompetencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto, resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional. El uso de recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar [...] que autoriza a los jueces a dar tutela efectiva a los derechos garantizados constitucionalmente, por la vía de responsabilizar al Estado²⁸⁶.

El mismo autor señala que en forma discordante se ha presentado otra línea jurisprudencial manifestada en momento de profunda crisis en el año 2002, en la causa “Ramos Marta Roxana y otros versus la Provincia de Buenos Aires y otros” caso en el que se requería por vía de amparo el aseguramiento de los derechos de alimentación sana, salud, educación y vivienda digna a través de una cuota alimentaria; el rechazo de la corte fue acompañado del siguiente comentario: *En tales condiciones, cabe agregar que el desamparo que expone la actora y en el que funda su presentación, si bien reveladores de un dramático cuadro social, no puede ser resuelto por la Corte, toda vez que no es de su competencia valorar o emitir juicios generales de las situaciones cuyo gobierno*

²⁸⁶ *Ibidem*. Pg. 885-886

no le está encomendado (Fallos 300:1282 LL 1979-A-430- y 301:771), ni asignar discretamente los recursos presupuestarios disponibles, pues no es a ella a la que la Constitución le encomienda satisfacer el bienestar general²⁸⁷. Como bien lo apunta el autor, no se trata en el caso de asignar recursos presupuestarios de forma discrecional, sino de forma más básica, de si los actores tienen un derecho y si él es judicialmente exigible, para luego determinar la forma en que debe ser protegido, decisión que evidentemente puede tener efectos presupuestarios.

A manera de conclusión previa, cabe anotar que en vista de que no se verifica la existencia de cuestiones que estén excluidas del control judicial, toda decisión del Estado tiene aspectos que si no son ajenos al conocimiento de los jueces *de acuerdo con la forma ritual, se trata de la oportunidad, mérito y conveniencia de la decisión. Este aspecto es el que en alguna jurisprudencia de la Corte, es calificado de equidad, término que sin margo usamos aquí como equivalente a razonabilidad.* En los casos que se habrían calificado como de no justiciables, sin embargo, *en ocasiones pueden serlo, como consecuencia de una previa decisión constituyente o legislativa²⁸⁸* en cuyo caso el objeto de la tutela judicial no está en dotar recursos públicos para satisfacer un derecho, sino reconocer el derecho y como consecuencia de ello obtener que se establezca el mecanismo apropiado para garantizarlo y hacerlo efectivo aun si ello le representa una erogación al Estado.

²⁸⁷ *Ibídem.* Pg. 886

²⁸⁸ *Ibídem.* Pg. 888

A partir de la última década del siglo XX, se ha efectuado un escrutinio referente a la participación del Estado en el quehacer económico. En varios países de América Latina, se ha procurado, con sentido más bien práctico, reducir el tamaño del Estado y varios de sus cometidos empresariales ha asumido el sector privado. Se ha preconizado, no siempre con éxito, que la función del Estado ha de ser subsidiaria. Se ha discutido y vivamente la eficiencia del gasto público. Un estudio que recoge esta polémica es el realizado bajo la rúbrica Eficiencia del Gasto Público por expertos de varios países de la Región. La conclusión de carácter general es la de que no se ha logrado con una metodología apropiada, medir dicha eficiencia. También lo es de que los habitantes de la zona no tienen una opinión positiva sobre el gasto público. El 75% de los habitantes considera que los impuestos no se utilizan eficientemente; solo un 31% se encuentra satisfecho con los servicios de salud; un 51% está conforme con la educación que reciben. El mencionado estudio define lo que se ha de entender por eficiencia. Sin desconocer que el concepto es de carácter económico, vale la pena incluirlo. Es como sigue: *La eficiencia, en términos generales, se define como la capacidad para lograr diversos fines mediante la utilización correcta de los recursos disponibles. En el sector público, según el Fondo Monetario Internacional, la eficiencia se expresa como la capacidad del Estado en alcanzar metas socio económicas con la menor distorsión posible del mercado y con la mínima absorción de recursos disponibles (Tanzi 2000) En línea con esta definición, los recursos del sector público deberían destinarse a aquellos fines que generen la mayor rentabilidad social, priorizando las necesidades sociales*

*de acuerdo a este criterio*²⁸⁹. La definición del Fondo Monetario y de uno de sus conspicuos asesores, Vito Tanzi, es pro-mercado, claramente sustentadora del rol subsidiario del Estado, y no es necesariamente compartida por todos los estudiosos del tema. Además, lo trascendente no es cuanto se gasta sino como se gasta, vale decir con eficiencia. Estos razonamientos económicos no riñen con el ámbito jurídico; más bien le sirven de peña para sostener el derecho de los administrados para exigir, en los términos aludidos en este trabajo, que el gasto sea equitativo y proficuo.

Los contenidos básicos del gasto público abarcan los ámbitos procedimental y procesal que sirven para desentrañar las acciones y recursos que se han previsto a favor de los beneficiarios del gasto para que se reconozca su existencia y luego se lo efectivice. Se califica como procedimental a todo arbitrio propuesto ante la propia administración y, procesal, a los que se proponen ante los jueces. En el Ítem 2.2 y 2.3 del Capítulo III se reflexiona en detalle sobre los sistemas que se han ideado para satisfacer esta cuestión y sobre el que se aplica en el país. En Ecuador no existe uno de carácter peculiar que contemple normas que conciernan exclusivamente al gasto público. Para los ingresos tributarios, para el gasto público enmarcado dentro de los límites señalados y para otras materias que integran el derecho público se debe diferenciar las acciones que brinda el orden constitucional, especialmente la de protección y las que ofrece la ley que contempla recursos administrativos y acciones judiciales, y dentro de

²⁸⁹ Peter Fisher Bollin, Director del Programa SOPLA, *Eficiencia del Gasto Público en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer. Río de Janeiro, 2008.

estas últimas las subjetivas o de plena jurisdicción y las objetivas o de anulación. Lo que sí caracteriza el derecho del gasto público, es que un conjunto de arbitrios persigue obtener que se reconozca dentro del presupuesto una determinada asignación presupuestaria y otro su efectiva erogación.

2. Derecho del gasto público y el derecho presupuestario.

En el afán de penetrar en la naturaleza del derecho del gasto público es oportuno cotejarlo con el derecho presupuestario, cuya existencia produce menor discusión. El orden presupuestario se cumple con autorizar los gastos y por ello las normas constitucionales y legales que lo sustentan, se resumen en la presentación de la proforma por el Ejecutivo, en la aprobación del Legislativo y en la autorización y ejecución del gasto. También ese orden comprende el control posterior del presupuesto. Los créditos aprobados presupuestariamente tienen únicamente validez formal; no hieren la legitimidad del gasto, el título por el que se efectúa; el derecho de la parte beneficiaria de la erogación; y, el deber de la parte que debe realizarla. Podrían, todas las cuestiones indicadas, integrarse en un solo haz, el que constituiría el objeto del derecho presupuestario. Tal solución presenta el inconveniente de que las materias que integrarían ese haz son de diversa naturaleza. Según se ha enfatizado, no cabe aunar la formalidad, la legalidad y la legitimidad de los gastos obligatorios, discrecionales, fincados en un origen unilateral y sentados en un origen bilateral, en una sola visión, singularmente porque los principios que rigen esos tipos de gasto y los recursos,

acciones y amparos concedidos a los beneficiarios de ellos, son de diferente índole.

Juan Camilo Restrepo en su obra *Derecho Presupuestal Colombiano*, define a este saber como *una de las ramas del derecho de la Hacienda Pública que se ocupa de determinar los procedimientos jurídicos a través de los cuales se estiman los ingresos de las entidades públicas y se autorizan los gastos correspondientes de aquellas*²⁹⁰. Restrepo reconoce que desde los setenta del siglo pasado se ha puesto énfasis en el tema del gasto y en su eficiencia que permite establecer en qué se gasta y cómo se gasta. Deja de tener importancia cimera el cómo se aprueba y ejecuta el presupuesto. De allí se deriva una apertura para distinguir entre el derecho de los presupuestos y el derecho de los gastos. Menéndez Moreno, precisa que no es posible identificar el derecho de los gastos públicos con el derecho presupuestario. Sin embargo su posición conclusiva, luego de examinar otras, cuales son la de la relación jurídica del gasto público, la de la función financiera de gasto público y la de Bayona de Perogordo es que el núcleo fundamental del derecho de los gastos públicos está constituido por el presupuesto²⁹¹. El derecho presupuestario en forma que se puede calificar de rígida, se refiere a los recursos y al ciclo presupuestario de programación, aprobación, ejecución y control del gasto, pero, no contempla el cómo gastar. De ello se ocupa el derecho del gasto público que tiene íntima relación con el bien común que persigue el Estado que se resume particularmente

²⁹⁰ Juan Camilo Restrepo, *Derecho Presupuestal Colombiano*, LEGIS, Bogotá, México D.F. Buenos Aires, Caracas, Lima, Santiago, 2008,

²⁹¹ Alejandro Menéndez Moreno, *Ibíd.*, p. 428.

en velar por la vigencia de los derechos fundamentales y singularmente de los económicos, sociales y culturales.

El meritísimo Profesor de la Universidad Complutense de Madrid, don Fernando Sainz de Bujanda representa la posición que hoy podríamos considerar clásica, e incluye dentro del derecho presupuestario todo los componentes que integran este ámbito. Lo define como *rama del derecho financiero integrada por el conjunto de normas y principios que determinan el régimen jurídico temporal de gestión, empleo y contabilidad de los caudales que, derivados de la aplicación de los recursos, alimentan el tesoro público*²⁹².

Ferreiro Lapatza sustenta que derecho del gasto público se subsume en el derecho presupuestario. Razona del siguiente modo: *No es extraño así que el presupuesto se haya configurado como la institución central. Como el núcleo en el estudio jurídico del gasto público, hasta el punto que el Derecho del gasto público, el conjunto de normas que lo regulan, se ha entendido siempre como derecho presupuestario. En ese mismo sentido se ha intentado ligar muchas veces la definición del gasto público a la institución presupuestaria. Así se ha dicho que gasto público es todo gasto realizado por un ente público conforme las autorizaciones contenidas en el presupuesto*²⁹³. Es importante el reconocimiento de la existencia de un Derecho del Gasto Público. Ya se había adelantado que lo que se sostiene es la existencia de este ramo jurídico únicamente con autonomía

²⁹² Fernando Sainz de Bujanda, *Sistema de Derecho Financiero*, I Volumen Segundo, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985, p. 411-412.

²⁹³ José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de Derecho Financiero Español*, 22ª. Edición, Volumen I, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2000, p. 152.

didáctica. El autor, además, manifiesta que existen normas jurídicas que conciernen a la realización del gasto y a las relaciones que surgen entre la administración y otros sujetos de derecho, normas que atienen a la realización del gasto. Este modo de discurrir es cercano a la construcción de la relación jurídica del gasto público. En este ámbito, admite Ferreiro Lapatza la existencia de obligaciones del Estado que pueden nacer de la voluntad del deudor o de la voluntad de la ley, caso éste último en el cual, el nacimiento de la obligación, pende de la realización de un determinado hecho jurídico²⁹⁴.

Plazas Vegas menciona que se ha reconocido al derecho del gasto público como una subespecie del derecho de la hacienda pública. El aserto lo basa en la existencia de normas y principio. Respecto de las primeras señala: *Numerosas normas constitucionales y legales, como las que regulan la iniciativa legislativa en materia de gasto público, las que exigen título legal originario y apropiación presupuestal, las que persiguen los objetivos y alcances del “control fiscal”, son clara expresión de esa especialidad*²⁹⁵. Varios de tales cometidos podrían ser propios del derecho presupuestario. Sobre los principios en se afincaría este ramo enuncia los de legalidad, eficiencia eficacia, planificación y justicia. Respecto del derecho del gasto público y del derecho presupuestario es del parecer que el tema no se debe afrontar únicamente en el mundo normativo, sino que es necesario, al propósito, reconducir la reflexión al estudio de los fines del Estado y de la teoría

²⁹⁴ José Juan Ferreiro Lapatza, *Ibíd.*, p. 305 y siguientes.

²⁹⁵ Mauricio A. Plazas Vega, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, TEMIS, Segunda Edición, Bogotá 2006, p. 305 y 325.

de la hacienda funcional. Es muy importante relevar que se ha abierto campo la posición que afirma la existencia del derecho del gasto público.

Rodríguez Bereijo aboga por la existencia del derecho del gasto público en lugar del derecho presupuestario. Se produce en los siguientes términos: *Por la importancia y coherencia que ha adquirido, se ha enunciado la conveniencia de hablar del Derecho de los Gastos Públicos y no de un Derecho Presupuestario frente al Derecho Tributario y al Derecho de los demás ingresos.* Sin embargo, reconoce que el concepto jurídico de gasto público está estrechamente ligado al de crédito presupuestario o *autorización para gastar en un objeto determinado.* Sobre las diferentes implicaciones entre presupuesto y gasto público, el estudioso, anota varios extremos. Así, manifiesta que las obligaciones del Estado que dan lugar al gasto público no nacen de la autorización presupuestaria sino de hechos y actos que son exteriores a la Ley de Presupuesto; que el nacimiento de las obligaciones del Estado no coincide con el correspondiente crédito del presupuesto pudiendo darse varias situaciones, tales como, que exista una obligación del Estado y no exista consignación en el presupuesto, que exista un crédito consignado en el presupuesto sin que haya surgido todavía la obligación del Estado, que , existiendo el crédito, la obligación exceda el monto del mismo. Relieva la importancia del gasto público, y obviamente de su normativa, al aseverar que la actividad administrativa del gasto no es una actividad

discrecional sino reglada no sólo respecto al qué, al cómo y al cuándo han de gastarse los créditos, sino incluso, respecto si ha de gastarse o no²⁹⁶.

Luis Alfonso Martínez Giner en un estudio de reciente data²⁹⁷, refiriéndose a los estados de la zona euro, señala la existencia de del derecho de los gastos públicos como rama del derecho financiero. Dice: *La mayor parte de los Estados del entorno económico del euro, han optado por focalizar sus medidas sobre gasto público, lo cual permite en mi opinión configurar una nueva y actual visión del derecho de los gastos públicos como rama del derecho financiero.* Es de preguntar si tal razonamiento sería aplicable a otros estados. No existe razones de fondo para aplicar a otros lares la proposición del autor. Martínez Giner se refiere a las necesidades públicas en épocas de crisis económica, a la necesaria atención al principio de justicia en el gasto; a la reducción del déficit a la incidencia de la estabilidad presupuestaria, al nuevo principio de sostenibilidad presupuestaria, así como, a los planes de saneamiento de lo estatal y local²⁹⁸.

3. Derecho constitucional del gasto público.

Si no cabe sostener la existencia del derecho del gasto sino con una visión didáctica, menos cabe sustentar la del derecho constitucional del gasto público. En el caso del derecho presupuestario existe un conjunto de normas que con el

²⁹⁶ Álvaro Rodríguez Bereijo, *El presupuesto del Estado*, Ibídem, p. 201 y siguientes.

²⁹⁷ Luis Alfonso Martínez Giner, *Crisis económica y gasto público: una reflexión jurídica*, en Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario, Ibídem, p 364 y siguientes.

²⁹⁸ Luis Alfonso Martínez Giner, Ibídem, p. 364.

transcurrir del tiempo han sido integradas al haber constitucional y que se refieren preponderantemente a la presentación y aprobación del presupuesto, a su ejecución y posterior control. A este conjunto de normas podría calificarse de derecho constitucional presupuestario. Sin género de duda, en cuanto al gasto público, el primer hito en este campo la da la Constitución española de 1978 al consignar en su texto el principio de la equidad en el gasto. Su artículo 31.2 dice: *El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.* Corti, en el estudio mencionado, da razón de que en la reforma constitucional argentina de 1994, cuyo artículo 75 dispuso en forma expresa que el Congreso, al fijar el presupuesto de gastos debe hacerlo en forma equitativa.

Soler Roch enfatiza en el principio de la equidad en el gasto público en contrapunto con una visión puramente política. Refiriéndose a este principio en la Constitución de España, señala: *No se puede seguir invocando la decisión política como único criterio legitimador del gasto público; las prioridades de una determinada política, cuando se aplican mediante el empleo de fondos públicos, deben respetar el principio de equidad de estos recursos. Si este principio está olvidado o su aplicación no encuentra viabilidad, no es ocioso recordarlo, ya que su validez se acentúa precisamente en un momento en que la contención del gasto público obliga a decisiones aún más selectivas*²⁹⁹. Este

²⁹⁹ Ma. T. Soler Roch, *Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto público*, en Sistema económico de la Constitución Española XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, edit. Ministerio de Justicia, Madrid. Tomado del Trabajo de Aparicio y Fernández.

estudio data de 1994, mas, sus aseveraciones son aplicables al entorno actual de crisis.

Para Martínez Lago y García de la Mora, el principio de equidad del gasto es el de dirigir un mandato para el legislador, siendo una guía para las leyes ordinarias, las cuales se han de interpretar conforme a ese principio. Estiman los autores que el principio aludido consagrado en la Constitución española marca un criterio finalista a la función del gasto en la hacienda pública y son del parecer que los criterios de eficiencia y economía no integran el contenido de la asignación equitativa de los recursos públicos, sino que son principios económico-financieros instrumentales, de buena administración, de racionalidad en la gestión de los gastos públicos; que su misión consiste en hacer que la relación entre meta propuesta y meta conseguida sea lo más óptima posible; y, en cambio, el principio de equidad en el gasto constituye una directriz para todos los poderes públicos, para tratar de garantizar unos mínimos de calidad de vida satisfactoria³⁰⁰.

Respecto del principio constitucional de la equidad del gasto público, Pascual García es enfático al sustentar que el mismo no configura un derecho de los ciudadanos. Añade que ello, no obstante, es vinculante para los poderes públicos y permite la protección jurisdiccional a través del recurso de inconstitucionalidad. Prosigue y afirma que el principio operará en el momento de adoptarse decisiones de gasto, es decir, cuando la administración planifica,

³⁰⁰ Miguel Ángel Martínez Lago; Leonardo García de la Mora, *Ibíd*em, p. 88-89.

programa y ejecuta el gasto. Sobre la correlación entre la equidad y la justicia en el gasto señala que no cabe que por razones económicas se pueda explicar un gasto injusto y que el mandato de la equidad debe aparecer singularmente al momento de la aprobación de las leyes del gasto, el de la eficiencia, al momento de la gestión. Subraya que los atributos de la eficiencia y la economía no pueden rebasar los límites de la justicia y el derecho, pues de lo contrario se infringiría el postulado de la igualdad ante la ley³⁰¹.

El principio de legalidad del presupuesto, reconocido constitucionalmente, rige también para el gasto público. Respecto de los ingresos y entre ellos sobre todo los tributarios, el presupuesto, no comporta una autorización anual para cobrarlos. Respecto de los gastos, el presupuesto constituye una autorización. Los tributos se estiman contablemente en el presupuesto y el principio de reserva de ley se cumple en las leyes particulares que los hayan creado. Este principio se suele consagrar en las constituciones. Hay otros países en los cuales el presupuesto incluye los ingresos y también los tributos que se han de recaudar y para el propósito es inclusión es requisito. Tal el caso de México señalado por Priego Álvarez citado anteriormente en este estudio. Orón Moratal explicita los postulados básicos del presupuesto que más bien podrían circunscribirse al gasto: *no se puede gastar en cosa distinta de la autorizada; no se puede gastar por importe superior al autorizado; y, no se puede gastar en periodo distinto al que se extiende la autorización*³⁰². Ello atiene a la materialidad misma y a la

³⁰¹ L. Pascual García, *Ibíd.*, p. 373-374.

³⁰² Germán Orón Moratal, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2011.

legitimidad del gasto público que vienen autorizados en su cuantía y en su destino. En opinión de Añooveros se debe distinguir entre el principio de legalidad del gasto y el que corresponde al presupuesto. Dice: En materia de gasto público hay también un principio de legalidad distinto de la legalidad presupuestaria. Principio no tan tradicional, principio de alguna manera innovador en nuestra Constitución, principio que tiene una gran trascendencia desde el punto de vista de las decisiones que afectan a los objetivos, programación y ejecución del gasto público³⁰³. Para Martínez Lago y García de la Mora, el impuesto debía ser consentido por quién debía pagarlo, *no taxation without representation*. En forma paralela, de aceptarse que debe ser consentido el gasto a través del parlamento, quién a nombre del pueblo tiene el poder de gastar, el *sepending power*. Concluyen que en el orden tributario rige la reserva de ley, en tanto que en el presupuestario, el de legalidad³⁰⁴.

L. Pascual García, respecto del principio de legalidad del gasto público y su recepción en el orden constitucional de España, manifiesta que las expresiones sólo por ley, en virtud de ley y de acuerdo a la ley, proyectan diferentes significaciones y énfasis. Apunta que el artículo 133.4 de la Constitución prevé que las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras de acuerdo con las leyes, lo que permite sostener que los elementos esenciales del gasto público han de obrar de ley, lo que correría por similar ruta que la referida

³⁰³ J. García Añooveros, *El presupuesto y el gasto público en la Constitución*, en *El sistema económico de la Constitución Española*, XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

³⁰⁴ Miguel Ángel Martínez Lago; Leonardo García de la Mora, *Ibídem*, p. 183.

al fuero tributario. Sin embargo, el autor estima que el postulado es más exigente en el ámbito tributario. Sin duda, este principio ha de abarcar el presupuesto y el gasto público, tanto en lo que atañe a la decisiones, cuanto a los procedimientos de gestión y control. La creación del gasto en sí y su contracción respecto de las correspondientes obligaciones, tendrán suficiente sustento jurídico si nacen directamente de una ley a virtud de una previsión específica, si realizan de un supuesto de hecho previsto en aquélla, en forma abstracta o si nacen de actos o negocios jurídicos como en las obligaciones contractuales. El estudioso prosigue y sostiene que en la fase de cumplimiento, la exigencia de la reserva de ley se manifiesta tanto en las obligaciones legales como respecto de las negociables; en la necesidad de que se conceda la autorización correspondiente por ley presupuestaria y en que se establezcan normas procesales en garantía de los intereses de la hacienda pública.³⁰⁵

En la Constitución de Ecuador no consta una disposición que expresamente consagre el principio de equidad en el gasto público, mas de su contexto se infiere que el mismo gobierna su normativa, e indudablemente habría que interpretarla en guarda de dicho principio. En el Ítem 4 del Capítulo II se puntualizan varias disposiciones constitucionales que refuerzan el aserto. Así el gasto corre parejo con el espíritu garantista de la Constitución; la solidaridad en todas sus proyecciones lo es también del gasto público; la equidad que se procura, alumbra los sistemas de reparto del ingreso y del gasto entre el Estado central y los gobiernos autónomos descentralizados; el principio planificador y el

³⁰⁵ L. Pascual García, *Ibíd.*, p. 378-380.

consecuente espacio que se concede al Estado en el sentido lato del término, inciden decisivamente en el gasto.

En la Constitución vigente al igual que en las que le precedieron, se proclama la función extrafiscal de los tributos, los cuales a la par de ser ingresos públicos, son instrumentos de política económica. Esa función, por lo tanto no es una opción sino un mandato. Respecto del gasto público cabe similar consideración extrafiscal. Bien estaría introducir un principio contentivo de semejante mandato. Tales asertos llevan al tema de la eficacia y eficiencia del gasto y al límite del gasto en beneficio de los órdenes social y económico. Al decir de Antonio Aparicio Pérez y María Luisa Fernández de Soto Blass, la eficacia muestra la relación entre los objetivos a satisfacer previamente y el logro efectivo de los mismos, mientras que la eficiencia apunta hacia la relación entre los resultados obtenidos y los factores o medios necesarios a tal fin³⁰⁶. Los autores precisan sus asertos y se rehúsan a aceptar que el postulado del costo beneficio sea el factor determinante. Expresan: *Opiniones que en modo alguno, podemos compartir ya que la racionalidad económica no supone la obtención del máximo beneficio sin más sino la mejor utilización de los recursos*³⁰⁷. Además, aluden a otros temas conexos que son de interés, cuales son su disenso respecto del pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España (sentencia 20/1985) que proclama que, *la máxima eficiencia debe ceder*

³⁰⁶ Antonio Aparicio Pérez; María Luisa Fernández del Soto Blass, *Principios Constitucionales reguladores del gasto público y asignación de competencias entre los niveles de gobierno estatal y autonómico*, en *El gasto público en la democracia*, Estudios en el XXV aniversario de la Constitución Española de 1978, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, p. 21 y siguientes.

³⁰⁷ Aparicio y Fernández, *Ibíd.*, p. 25

ante la igualdad, extremos que no son antagónicos y que deben complementarse; que la transparencia es una exigencia para el mejor cumplimiento de la legalidad; que se debe garantizar un nivel mínimo de prestación de servicios públicos fundamentales que se resume en la creación de partidas presupuestarias. En lo referente a la transparencia, a la fecha se encuentra en curso en España, el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En los Capítulos I y II del Título I que tiene la rúbrica general Transparencia de la Actividad Pública, se norma la Publicidad Activa y el Derecho de Acceso a la Información pública, en su orden. Esta Ley tendrá incidencia en el gasto público.

Estos principios que también podrían incluirse en el texto constitucional han de guardar armonía y complementariedad con el principio de equidad. Especialmente sirven para definir las políticas que orientan al gasto público. El principio del control del gasto público, lo es propiamente del presupuesto, cuestión que ha de constar en la Constitución. Uno de los puntos que guarda relación con el control es el límite que se haya impuesto constitucionalmente al gasto público. En la Unión Europea, en defensa del euro, se tiene previsto que el déficit del gasto no podrá exceder del tres por ciento del PIB. En la Comunidad Andina no existe tal previsión en virtud de que no se ha conformado todavía a una unión monetaria. En la Unión Sudamericana se avanza en el orden financiero. Se ha puesto en vigencia la moneda denominada sucre que para las operaciones de comercio exterior es una moneda en cuenta. Según queda anotado, en España se ha fijado en la Constitución un límite al déficit en que se

pueda incurrir. A la Asamblea Nacional del país le compete, *Aprobar el Presupuesto General del Estado en el que constará el límite del endeudamiento público, y vigilar su ejecución* (Artículo 120 numeral 12 de la Constitución) Esta vigilancia de la ejecución presupuestaria y de suyo del gasto son de carácter político. A la Contraloría General del Estado corresponde el control de carácter hacendario de los recursos estatales, entre ellos el gasto público. A esta Entidad, sucesora de los antiguos tribunales de cuentas de raigambre español, le compete establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales. (Artículos 211 y 212 de la Constitución).

Capítulo V

Conclusión general

Si bien, algunos autores, afirman que el gasto público no genera vínculos jurídicos entre el Estado y los beneficiarios de dicho gasto, durante el desarrollo de la presente investigación, se ha llegado a concluir y por ende a afirmar que tal relación existe y que no se trata únicamente de políticas públicas y de su consecuente cumplimiento. Se trata de una relación jurídica que genera derechos en favor de los beneficiarios y obligaciones a cargo del Estado, claro está dentro de determinados parámetros relacionados con la equidad del gasto público y además dentro de ciertos límites circunscritos a la disponibilidad de recursos. Con la finalidad de hacer efectivas las erogaciones se ha de acudir a los principios y garantías constitucionales y de acceso a la justicia. Además, esta relación jurídica del gasto público comporta la existencia de elementos tanto objetivos como subjetivos

Uno de los propósitos con los cuales se dio cabida a este proyecto, fue solventar la necesidad de desentrañar las relaciones entre el gasto público y los derechos humanos, tema incardinado en las normas constitucionales observando el hilo conductor entre el derecho constitucional, el derecho económico, el derecho financiero, el derecho presupuestario y principalmente el derecho del gasto público y cómo éste se plasma en el Estado social de derecho, la economía social de mercado y muy particularmente en el Estado constitucional de derechos

y justicia social previstos en el Ecuador. En estos términos, se ha procurado demostrar que las permanentes y crecientes necesidades públicas de entre las cuales se destacan las de seguridad interna y externa, educación, salud, justicia, seguridad social y modernamente la preservación del medio ambiente; deben ser analizadas más allá de la política pública debiéndose incluir en el análisis la erogación de los caudales requeridos para su satisfacción. Se trata además de verificar la incidencia del gasto público en el desenvolvimiento de sus beneficiarios, donde ha de considerarse no únicamente a los individuos, sino también a las comunidades, pueblos y nacionalidades y a la naturaleza cuyos derechos han sido reconocidos. En forma particular se puede afirmar lo siguiente:

1. Así como la concepción misma sobre el gasto público ha variado con el transcurso del tiempo y se considera que ha pasado de ser un instrumento administrativo a convertirse en un verdadero instrumento de gobierno de importancia, por su efecto en la actividad socio económica del Estado, cabe considerar que el procedimiento administrativo del gasto público supone la existencia de una relación en la cual a la obligación pecuniaria del Estado corresponde un derecho de crédito a favor de los beneficiarios.

Es oportuno retomar la afirmación consignada en el Capítulo I respecto del rol del Estado en la economía y de cómo incide su participación en la dinámica del gasto público. No se puede olvidar que tal intervención ocurre necesariamente aun en los estados regidos teóricamente por la mano invisible del mercado; lo relevante es que inclusive esa intervención

es clamada por esos países para el debido funcionamiento del mercado, debiéndose distinguir entre la actividad reguladora del Estado que incrementa el gasto público en la financiación de los servicios de la regulación y la participación activa del Estado caso en el cual el sector público dispone de dotaciones de recursos para operar en la economía en competencia con el sector privado o en subsidio de este sector, o, en casos muy reducidos y, generalmente no deseables, monopólicamente.

2. El gasto público atraviesa todos estos supuestos y como consecuencia el derecho que lo regula, tiene una naturaleza especial, que si bien no se encuentra des-relacionado con el derecho presupuestario, sienta las bases para la concepción particularizada de sí mismo. Siendo fundamentales para el gasto público la equidad y la eficiencia, en su función financiadora del servicio público y en último término del bien común, el mismo no ha merecido mayor preocupación constitucional, de tal forma que los escasos ejemplos de mención o tratamiento por esta vía tienen sus limitaciones, así el caso español, donde la constitucionalización del principio de equidad contemplado en el artículo 31.2º de la Constitución requiere de vinculación y relación con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico: la libertad, la igualdad y la justicia, para evitar que quede en pura retórica,. Así lo manifiesta Casado Ollero³⁰⁸ y así lo consideramos pertinente. Ya no se trata únicamente de señalar la equidad del gasto

³⁰⁸ Gabriel Casado Ollero, *La Constitución y el derecho financiero: la constitucionalización de la justicia en el gasto público*, colaboración para la Revista Jurídica de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011.

³⁰⁸ Gabriel Casado Ollero, *Ibidem*.

público en general, sino de la asignación equitativa de los recursos lo cual personaliza y puntualiza el tema. Eso da pie a que se pueda enunciar el derecho de quienes deberían ser beneficiarios del gasto a esa asignación equitativa, siendo la exigibilidad de tales derechos el punto que entraña mayor dificultad. En la Constitución de Colombia se privilegia el gasto social el cual goza de prioridad y comprende las necesidades que deben ser satisfechas por el Estado en forma obligatoria, cuales son la salud, la educación, el saneamiento ambiental y de agua potable.

El modelo adoptado por la Constitución ecuatoriana vigente incrementa el espacio de la actividad económica del Estado y reduce el espacio de la actividad económica del sector privado, lo cual implica un incremento notable del gasto público en un Estado que se define a sí mismo como Estado constitucional de derechos y de justicia, el mismo que había sido desde 1998 hasta el 2008 un Estado social de derecho. Tal transformación es de gran magnitud y permite considerar la existencia de un vínculo jurídico entre Estado y beneficiarios del gasto público toda vez que bajo la nueva concepción constitucional el Ecuador adoptó un modelo neoconstitucional garantista, construido sobre la base doctrinaria de que todo derecho es justiciable, sea este social o económico. En esa medida los beneficiarios del gasto público, titulares de derechos en función de sus necesidades estarían facultados para exigir una erogación que haga efectivos sus derechos.

3. En ese sentido, merece la pena señalar que el gasto público está destinado a la satisfacción de las necesidades públicas y dentro de ellas se encuentran unas de carácter prioritario, tales como son salud, educación, y otras de similar naturaleza y que concuerdan con lo relativo al gasto público social; en esa medida, estos derechos deben ser ubicados dentro de una categoría particular. Se trata, en forma general, de derechos fundamentales en cuyo caso queda por ver cuál es el mecanismo apropiado de garantía y protección que permita su directa aplicación. En esa dinámica la Constitución ecuatoriana se constituye como el primer mecanismo de protección tanto de los beneficiarios del gasto público como de los contribuyentes que aportan para el soporte de dicho gasto.

Hasta aquí se ha puesto de manifiesto los argumentos que justifican la existencia de un vínculo jurídico que genera derechos y obligaciones entre Estado y beneficiarios del gasto público. Sin embargo no puede olvidarse que existen posiciones contrarias en la doctrina tradicional que defienden la función financiera del gasto público, por la cual la ejecución el gasto público no genera sino políticas públicas y de tecnicismos presupuestarios; valga la pena entonces aclarar que la importancia de estas corrientes no es tan extrema como podría creerse y sirve para modular la que adhiere a la de la relación jurídica del gasto público, puesto que no es posible negar la existencia de las obligaciones y cargas del gasto público en la satisfacción de necesidades básicas, así como

tampoco puede negarse el derecho de los beneficiarios a hacer exigibles tales derechos.

4. Con todo lo ya afirmado, es momento oportuno para aclarar que no todo el gasto público cabe incluir en la relación jurídica. Conviene efectuar una discriminación del gasto público de acuerdo a su causa u origen para poder determinar sus elementos principales. Se habla en primer lugar de sujetos activos y pasivos en la relación jurídica del gasto público; en cuanto a los segundos, compete aclarar que se trata de los entes públicos que erogan el gasto. No se puede afirmar que entidades privadas beneficiaras del gasto, en la medida en que se encuentren en la obligación de emplear en diferentes destinos o designios los fondos recibidos puedan adquirir la condición de sujetos pasivos. Se tratará siempre de entes, organismos y corporaciones públicas que no actúan por su arbitrio sino previo el cumplimiento de trámites presupuestarios; los sujetos activos de ordinario son particulares, más puede tratarse además de otros entes públicos que en el fondo recibirían transferencias. Se ha de tener, a todos los sujetos beneficiarios del gasto público, por administrados, sean personas naturales o jurídicas, excluyéndose a los contratistas y a las entidades que reciben subvenciones y asignaciones discrecionales.

Se habla en segundo lugar del objeto de la relación jurídica del gasto público, que es la prestación en sí misma debida por la Administración, la cual es de carácter pecuniario y a la cual pueden acompañar prestaciones

de carácter accesorio lo que desemboca necesariamente en una erogación. Se trataría de una dación dineraria cuya causa, fuente u origen serían de diversa índole, donde en primer lugar está la ley, no necesariamente la ley presupuestaria que anualmente consigna y operativiza el gasto público y que consigue una suerte de legitimación del mismo. Se ha de considerar además que en la aplicación de la ley se fundamentan los beneficiarios del gasto público para exigir su satisfacción y que de acuerdo con el neoconstitucionalismo ya imperante en el Ecuador, el gasto público tiene su fuente en la aplicación directa de normas constitucionales, puesto que en ella se estatuyen los propósitos de gasto, en casos, con la precisión de porcentajes referidos al presupuesto total que han de erogarse para lograr determinadas finalidades, generalmente de carácter esencial como la seguridad interna y externa, la educación, la salud, la justicia, las cuales en su conjunto tienden a integrar el estado de bienestar, hoy dentro del neoconstitucionalismo el buen vivir.

5. El presupuesto de hecho es el elemento generador de la relación jurídica del gasto público toda vez que considera como gasto, las exenciones, bonificaciones, desgravaciones y otras similares. Así puede llegar a afirmarse que la contracción del gasto público constituye el hecho generador de la obligación del gasto público y comprendería la liquidación y ordenación del mismo. En ese sentido la ley establecerá los mecanismos de acreditación y pagos así como la inversión de recursos financieros.

Como una segunda fuente encontramos a los actos administrativos que si bien por si mismos no son causa, origen o fundamento de la prestación pecuniaria, son de utilidad para reconocer su existencia y su exigibilidad. En función de los actos administrativos, de los procedimientos administrativos, de las resoluciones administrativas y de los fallos judiciales, es propicio pensar que respecto de la relación jurídica del gasto público y de la prestación pecuniaria en la que se subsume, cabría inclusive el ejercicio de acciones o recursos subjetivos o de plena jurisdicción en contra de tales actos, procedimientos, resoluciones y fallos.

6. Otro tema de interés es el pago o solución efectiva de la obligación que atañe también al gasto público. Como asevera la doctrina, *el pago efectuado por la administración pública no tiene otro significado que el cumplimiento de una relación jurídica del gasto público, que genera un derecho a favor de un acreedor y la consiguiente obligación a cargo de la Administración*³⁰⁹. En cuanto a las acciones o recursos de las cuales se encuentra provisto el posible beneficiario del pago para que se reconozca su existencia y luego se lo efectivice se puede afirmar que los administrados tocados por actos administrativos, en este caso concernientes al gasto público, tienen la alternativa de impugnarlos acudiendo a la vía administrativa, es decir ante la propia administración productora de los actos y a la vía judicial que tiene como cometido el control de las actuaciones de las administraciones frente a casos

³⁰⁹ Manuel González Sánchez, *Ibíd.*, p.161.

singulares; los administrados, han de proponer los recursos y acciones que corresponda en defensa de sus intereses legítimos.

7. El punto medular de este estudio se centró en analizar si los administrados se encuentran o no facultados, para proponer recursos y acciones cuya finalidad sea la de obtener que determinados rubros de gasto consten en el presupuesto y para obtener la efectiva erogación de los mismos, a lo cual se debe concluir que sí cabe tal posibilidad pero siempre que se aluda al interés legítimo de los particulares o a la violación de derechos subjetivos o de plena jurisdicción. En esa medida el sistema judicial asigna a la justicia administrativa, un papel preponderante en esta dinámica garantista. Sin embargo, es de anotar que se requiere de jueces especialistas en derecho público y particularmente en derecho administrativo, para garantizar procesos justos respecto de ambas partes de la relación jurídica del gasto.

8. Finalmente toda la dinámica de la relación jurídica del gasto encuentra sustento en las acciones constitucionales previstas como mecanismo de garantía de todos los derechos. Bajo esa premisa y luego del correspondiente análisis y teniendo presente que la Constitución ecuatoriana vigente, cuyo enfoque es eminentemente garantista; se puede llegar a colegir que al menos en el Ecuador, existe la clara posibilidad de que los beneficiarios del gasto público puedan exigir el cumplimiento de los derechos originados en la relación jurídica del gasto, no solamente en

la vía administrativa, sino también en la vía jurisdiccional, pudiendo inclusive llegar a pensar en la posibilidad de una acción constitucional. Las respectivas acciones fueron ya descritas en el desarrollo del presente trabajo investigativo y no viene al caso su repetición. Lo que corresponde es aclarar que si bien existe la posibilidad de plantear tales acciones como se deducen de este desarrollo investigativo, ello no significa que sean simples y de fácil prosecución. De ahí que, es útil y prioritario sentar las bases para la aceptación de los particularismos del derecho del gasto público y efectuar aportes para la comprensión de su contenido y alcance.

En conclusión es pertinente reiterar que el trabajo presentado no pretende sentar hitos sobre creación de una disciplina autónoma dentro de las finanzas públicas, a pesar de lo cual se ha pretendido determinar la existencia de un vínculo jurídico entre Estado y administrados; y por sobre todo, se ha logrado identificar a los sujetos de derechos, el objeto del gasto, el hecho generador de la relación, las condiciones para hacer exigible los derechos y ha logrado identificar al menos dentro de la órbita jurídica ecuatoriana, el camino que se podría seguir para garantizar el oportuno y equitativo cumplimiento de tales derechos. Todos estos elementos son el sustento que puede considerarse como contenido y lineamientos básicos de una disciplina jurídica que si bien no goza de completa independencia y autonomía frente a los derechos presupuestario, económico y público, al menos si goza de cierta especificidad y especialidad que gira en torno a una relación jurídica legítima y que debería ser plenamente reconocida.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ABRAMOVICH VÍCTOR; COURTIS, CHRISTIAN, *La justiciabilidad de los derechos sociales en la Argentina: algunas tendencias*, en *La Protección judicial de los derechos sociales*, Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

ABELLA ZÁRATE JAIME, *Procedimientos constitucional y contencioso administrativo en materia tributaria*, LEGIS, Bogotá, 1999.

ABELLA ZÁRATE JAIME Y MARTÍNEZ MENÉNDEZ ALBERTO, *Proceso contencioso en materia tributaria*, en *Derecho Tributario*, 2da. Edición, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Santa Fe de Bogotá, D.C. Colombia, 1999.

AHUMADA, GUILLERMO, *Tratado de Finanzas Públicas*, Libro II, Gasto 67-182, Plus Ultra, I Tomo, Buenos Aires, 1968.

ALARCÓN PEÑA, PABLO, *La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana*, en *La protección judicial de los derechos sociales*. Corte Constitucional. Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

AMATUCCI, ANDREA, *Funzione e Disciplina del Bilancio dello Stato*, Jovene, Napoli 1970. *El ordenamiento jurídico financiero*; el presupuesto del Estado en la Constitución, pp. 67-132. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. No se indica año, posiblemente el 2002. *El ordenamiento jurídico de la hacienda pública*, Universidad del Rosario, TEMIS, Bogotá 2008.

APARICIO WILHEMI, MARCO, *Derechos: enunciación y principios de aplicación*, en *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, Editores, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Quito, 2008.

ARIAS MANZANO, TANIA, ¿Hacia un nuevo ordenamiento territorial? De la descentralización a la carta a competencias explícitas y obligatorias. El régimen autónomo descentralizado aprobado en Montecristi, en *Desafíos Constitucionales, La Constitución ecuatoriana en perspectiva*, Ministerio de Justicia, Quito, 2008.

ÁVILA SANTAMARIA, RAMIRO, *El Neoconstitucionalismo Transformador*, ABYA YALA, Universidad Politécnica Salesiana, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Quito, 2011.

ÁVILA SANTAMARIA RAMIRO, *Los derechos sociales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*, en *La protección judicial de los*

derechos sociales. Corte Constitucional. Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009

ATALIBA GERALDO, *Hipótesis de incidencia tributaria*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1977.

BANACLOCHE PÉREZ, JULIO MANUEL, *Manual de Economía Financiera*, Teoría del Gastos Público, Editorial de Derecho financiero, Madrid, 1971.

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO, *Curso de Derecho Administrativo*, Primera Edición en español, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Porrúa, México D.F. 2006.

BARREIX ALBERTO, ROCA JERÓNIMO & VILLELA LUIS, Resumen ejecutivo del estudio Política Fiscal y Equidad, Estimación de la progresividad y capacidad redistributiva de los impuestos y el gasto público social en los países de la Comunidad Andina, en *La Equidad Fiscal en los Países Andinos*, Comunidad Andina, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 2006.

BAYONA DE PEROGORDO JUAN JOSE, *Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos*, en *Presupuesto y Gasto Público* N° 2 1979, pp. 65-80. *Temas de Derecho Presupuestario*, Librería Compas, Alicante, 1990. *El Derecho de los Gastos Públicos*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.

La potestad de gasto público, en *El sistema económico en la Constitución española II*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

BENALCÁZAR GUERRÓN, JUAN CARLOS, *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*, Fundación Andrade & Asociados, Quito, 2007.

BIELSA RAFAEL, *Derecho Administrativo*, Sexta Edición, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 1964.

BUCHANAN, JAMES M., *Hacienda Pública*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1968.

BUSCEMA SALVATORE, *La contabilità pubblica, natura e limite*, 1967; *Il bilancio de lo Stato*, Giuffrè, Milano 1972, citado por Amparo Navarro Faure, en *El concepto de poder financiero en una hacienda globalizada*, en *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario*, Estudios en honor de Andrea Amatucci, Volumen III*, Editorial Temis S. A. Jocvene Editores, Bogotá Napoli, 2011

CAMPILLO SÁENZ JOSÉ, *La Constitución Mexicana y los nuevos derechos sociales*, en *La Constitución Mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta*, Editorial Porrúa S. A. México 1985, p. 147.

CARBAJO VASCO DOMINGO, *¿Existe un presupuesto de gastos fiscales en España?* En Justicia y Derecho Tributario, Libro en homenaje al Profesor Julio Banacloche Pérez, Coordinadores, Carmen, Julio y Begonia Banacloche, La Ley, grupo Wolters Kluwer, Madrid 2008.

CARBONELL, MIGUEL, *El derecho a la salud en el derecho internacional de los derechos humanos*, en La Protección Judicial de los Derechos Sociales, Ibídem p. 173 y siguientes. Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

CASADO OLLERO, GABRIEL, *Aspectos constitucionales del derecho financiero: elementos axiológicos y valorativos del derecho financiero*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Editoriales de Derecho Reunidas, N° 203, Madrid, 1989 pp.1143-1175.

CASADO OLLERO, GABRIEL, *La Constitución y el derecho financiero: la constitucionalización de la justicia en el gasto público*, colaboración para la Revista Jurídica de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011.

CORTI, HORACIO GUILLERMO, *Derecho Financiero*, (Capítulo VI Gasto Público), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

CORTI HORACIO GUILLERMO, *Derecho Constitucional Presupuestario*, Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.

CORTI, HORACIO GUILLERMO, *Ley de Presupuesto y derecho Fundamentales: los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico-financiero*, colaboración para la Revista Jurídica de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011.

CORTI, HORACIO GUILLERMO, *La “naturaleza” de la ley de presupuesto hacia un nuevo paradigma jurídico-financiero*, en *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario, Estudios en homenaje a Andrea Amatucci*, Volumen III *, Temis S. A.- Jovene Editore, Bogotá-Napoli,

COSCIANI, CESARE, *Principios de Ciencia de la Hacienda*, Efectos del gasto público, pp. 547-559, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1967. La política fiscal para la estabilidad monetaria, Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero, 1968, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1970, pp. 637-661. Istituzioni di scienza delle finanze, UTET, Torino, 1970, p. 141-164.

CORRAL B., FABIÁN, *Estado de derechos y de justicia*, Diario El Comercio, Quito, 6 de octubre de 2011.

CUADRA HÉCTOR, *Estudios de Derecho Económico*, UNAM, México D. F. 1977.

DALTON, HUGH, *Principios de Finanzas Públicas*, Parte Tercera, Gastos Públicos, pp. 217-268, Depalma Buenos Aires, 1953.

DAMARCO, HÉCTOR JORGE, Gastos Públicos, en *Manual de Finanzas Públicas*, Mordegliá y otros, pp. 69-123 AZ, Editora, Buenos Aires 1977.

DE LA GARZA, SERGIO FRANCISCO, *Derecho Financiero Mexicano*, (Parte Segunda, el Derecho Presupuestario), Editorial Porrúa S.A., México.

DE LA MADRID HURTADO MIGUEL, *Estudios de Derecho Constitucional*, Tercera Edición, Editorial Porrúa S. A. México, D. F. 1986.

DE JUANO MANUEL, Curso de Finanzas y Derecho Tributario, Ediciones Malachino, Rosario, Argentina, 1963, Tomo I.

DURÁN, ELENA, *Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala, Corporación Editora Nacional, Quito, 2010.

FALSITTA GASPARE, *Manuale di Diritto Tributario*, Terza Edizione, CEDAM, Padova, 1999.

FAÚNDEZ LEDESMA HÉCTOR, *El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos*, Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004.

FAYA VIESCA, JACINTO, Finanzas Públicas, Editorial Porrúa, México D.F. Séptima edición, 2008.

FARIA, VILMAR E., *Reformas institucionales y coordinación gubernamental en la política de protección social de Brasil*, CEPAL, División de Desarrollo Social, Santiago de Chile 2003.

FERNÁNDEZ SAGARDI AUGUSTO, *Código Fiscal de la Federación, Comentarios y Anotaciones*, Gasca Sicco, México D. F. 2004

FERREIRO LAPATZA JOSÉ JUAN, *Curso de Derecho Financiero Español*, 22ª. Edición, Volumen I, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2000, p. 152.

FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *El Estado Social de Derecho y la Constitución Mexicana*, en Rectoría del Estado y Economía Mixta.

FRANCO, GABRIEL, *Principios de Hacienda Pública*, Primera Parte, Fundamentos de la Hacienda Pública, pp. 19-81, Ediciones de Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1957.

FISHER BOLLIN PETER, Director del Programa SOPLA, *Eficiencia del Gasto Público en América Latina*, Fundación Konrad Adenauer. Río de Janeiro, 2008.

GARCÍA AÑOVEROS, *El presupuesto y el gasto público en la Constitución, en el sistema económico de la Constitución Española*, XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo I* Duodécima Edición, THOMSON CIVITAS, 2005.

GARCÍA-TREVIJANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Editorial Civitas S.A. Madrid 1986.

GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, 14ª edición, Madrid 2003

GUERRERO AMPARÁN, JUAN PABLO; VALDÉS PALACIO, YAILEN, *Manual sobre la clasificación económica del gasto público*, Centro de Investigación y Docencia Económicas. A. C. CIDE.

GIANNINI MASSIMO, SEVERO, *La Giustizia Amministrativa*, Jandi Sapi Editore, Roma 1964.

GIULIANI FONROUGE, CARLOS. M., *Derecho Financiero*, TOMOS I y II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.

GIULIANI FONROUGE, CARLOS. M, Derecho Financiero, Volumen I, 10^a Edición. La Ley, Buenos Aires, 2011.

GONZÁLEZ GARCÍA, EUSEBIO, *Efectos de la Ley del Presupuesto sobre el Ordenamiento Tributario*, Aranzadi Editorial, Elcano, Navarra, España, 2000.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, MANUEL, *La relación jurídica del gasto público, Presupuesto y Gasto Público*, Ministerio de Hacienda Instituto de Estudios Fiscales Num. 1.

GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, TOMO 3 El acto administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007.

GRIJALVA JIMÉNEZ, AGUSTÍN, *Constitucionalismo en Ecuador*, Corte Constitucional, Quito, 2011

GRIZIOTTI, BENVENUTO, *Principio de Ciencias de las Finanzas*, Capítulo III, Los gastos Públicos, pp. 57-71, Depalma, Buenos Aires, 1959. *Studi di scienza delle finanze e diritto finanziario*, Le spese pubbliche della scienza delle finanze, pp. 489-513. Giuffrè, Milano, 1956. *Primi Elementi di Scienza delle Finanze*, Le spese pubbliche, pp. 35-41, Giuffrè, Milano, 1962.

GUDYNAS EDUARDO, *El mandato ecológico, Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, ABYA YALA, Quito, 2009.

HICKS, ÚRSULA K., *Hacienda Pública*, Capítulos II, III y IV, pp. 18-75, Aguilar, Madrid, 1960.

HORN, WOLFGANG, *Estado de Derecho y Estado social*, en *Estado de Derecho y Democracia*, editado por Josef Thesing, 2ª. Edición, Konrad Adenauer, Stiftung A.C., CIEDLA, Buenos Aires 1999.

IBARRA MARES ALBERTO, *Introducción a la Finanzas Públicas*, FUNDACION UNIVERSITARIA TECNOLOGICO DE COMFENALCO, Colombia, 2009

INGROSSO, GIOVANNI, *Corso di Finanza Pubblica*, (Capitolo VII La Spesa pubblica), Jovene, Napoli, 1969.

IGROSSO, GUSTAVO, *Diritto Finanziario*, Editoriale Eugene Jovene, Napoli, 1954.

JARACH, DINO, *Finanzas Públicas*, Parte III, Gastos Públicos, pp. 163-217, Editorial Cangallo, Buenos Aires, 1978.

JARAMILLO, ESTEBAN, Tratado de ciencia de la Hacienda Pública, Libro Primero, Gastos Públicos, pp. 29-46, Temis, Bogotá 1974.

JARAMILLO ORDÓÑEZ HERMAN, *Manual de Derecho Administrativo*, Universidad Nacional de Loja, Ecuador, 2005.

LIFSCHITZ NORA, *La evolución del pensamiento jurídico financiero en América. Las finanzas públicas como expresión del constitucionalismo latinoamericano*, en Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario, Estudios en honor de Andrea Amatucci, Volumen III *, Editorial Temis S. A. – Jovene Editore, Bogotá-Napoli, 2011

LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El derecho fundamental a la salud y el sistema de salud: los dilemas entre la jurisprudencia, la economía y la medicina*, en la Protección Judicial de los Derechos Sociales, Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

LOW MUTRA, ENRIQUE y otro, *Política Fiscal*, Cap. IX pp. 326-344, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1986.

MADRID HURTADO MIGUEL DE LA, *Estudios de Derecho Constitucional*, Tercera Edición, Editorial Porrúa S. A. México, D. F. 1986

MARIENHOFF, MIGUEL S, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Quinta edición actualizada, Reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003.

MARINI, RUY MAURO, *Liberalismo y democracia, La revisión constitucional en Brasil*, Archivo de Ruy Mauro Marini, con la anotación “1994-Para Instituto Mora, Silvia Dutrenit”. 1994.

MARTIN JOSÉ MARÍA, *Ciencia de las Finanzas Públicas*, Los gastos públicos, pp. 73-103, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1976.

MARTÍN-RETORTILLO, SEBASTIÁN, *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley S. A., Madrid, 1988.

MARTÍN MATEO RAMÓN, *Derecho Público de la Economía*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Editorial CEURA, Madrid 1985.

MARTÍNEZ GINER LUIS ALFONSO, *Crisis económica y gasto público, una reflexión jurídica*, en *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario*, Estudios en honor a Andrea Amatucci, Volumen III *, Temis S.A.-Jovene Editores, Bogotá-Napoli.

MARTÍNEZ LAGOS, M. A. *Manual de derecho presupuestario*, Editorial Colex, Madrid, 1992. *Ley de Presupuestos y Constitución. Sobre las singularidades de la reserva de ley en materia presupuestaria*, Editorial Trotta,

Madrid, 1998. *Temas de Derecho Presupuestario*, Editorial Colex, Madrid, *La estabilidad presupuestaria en el ámbito de la Unión Europea*, en Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala, 2002.

MARTÍNEZ LAGO MIGUEL ÁNGEL; Leonardo García de la Mora, Lecciones de Derecho Financiero y Tributario.

MARTUL ORTEGA PERFECTO YEBRA, *Constitución Financiera Española*. Instituto de estudios Fiscales, Madrid, 2004

MEJÍA SALAZAR, ÁLVARO, *Los recursos administrativos*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011.

MENÉNDEZ MORENO, ALEJANDRO, *Derecho Financiero y Tributario*, Lecciones de Cátedra, 2ª. Edición, Editorial Lux Nova, Valladolid, 2001.

MONTAÑA PINTO JUAN, *Aproximación a los elementos básicos de la acción de protección*, en Apuntes de derecho procesal constitucional, Parte especial 1, Garantías constitucionales en Ecuador, Tomo 2, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2011

NOGUEIRA ALCALÁ HUMBERTO, *La Constitución Ecuatoriana y los derechos económicos sociales y culturales*, en Los derechos fundamentales, Pablo Pérez Tresp, Coordinador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.

PASCUAL GARCÍA, J, Régimen Jurídico del Gasto Público, Ministerio de la Presidencia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002.

PLAZAS VEGAS MAURICIO, *Los principios políticos y constitucionales del gasto público*, en Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.

PLAZAS VEGAS MAURICIO, *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, TEMIS, Segunda Edición, Bogotá 2006.

PÉREZ ANTONIO APARICIO, *Principios Constitucionales reguladores del gasto público y asignación de competencias entre los niveles de gobierno estatal y autonómico*, en El gasto público en la democracia, Estudios en el XXV aniversario de la Constitución Española de 1978, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.

PÉREZ DE AYALA, JOSÉ LUIS, *Gastos Públicos*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Editorial Francisco Seix, TOMO X, Barcelona 1971.

PÉREZ DE AYALA, JOSÉ LUIS y, GONZÁLEZ GARCÍA, EUSEBIO, *Curso de Derecho Tributario* (1), EDERSA, Madrid, 1975.

PÉREZ RUALES NICOLE, *Hacia un nuevo modelo de desarrollo en la Constitución del 2008, en el contexto andino*, Ministerio de Justicia, Quito, 2001.

PLAZAS VEGAS, MAURICIO, *Los principios políticos y constitucionales del gasto público*, colaboración para la Revista Jurídica de Buenos Aires, Buenos Aires, 2011

POSADA, ADOLFO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, Librería Victoriano Pérez, Madrid, 1898,

PRIEGO ÁLVAREZ, FREDDY A, *Introducción al Derecho Presupuestario*, Editorial Porrúa, México D.F. 2004.

RANELLETTI ORESTE, *Derecho de la Hacienda Pública*, traducción de Juan Camilo Restrepo, TEMIS, Bogotá, 2007, p. 9 y siguientes.

RAMÍREZ CARDONA, ALEJANDRO, *Hacienda Pública*, Los gastos públicos, pp. 328-367, Temis, Bogotá, 1998.

REBOUD, LUIS, *Los sistemas fiscales y el mercado común*, Impuestos sobre el Gasto, pp. 491-523 Intal, Buenos Aires, 1966.

RESTREPO, JUAN CAMILO, *Hacienda Pública*, Capítulo II, El Gasto Público, pp. 39-58, Capítulo V, Presupuesto, pp., 187-286, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1998. *La nueva fisonomía jurídica del concepto de "gasto público" en Latinoamérica*, El tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI, César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez, coordinadores, Marcial

Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 453-485. *Derecho Presupuestal Colombiano*, LEGIS, reimpresión 2008, Bogotá.

RESTREPO, JUAN CAMILO, *Derecho Presupuestal Colombiano*, LEGIS, Bogotá, México D.F. Buenos Aires, Caracas, Lima, Santiago, 2008

ROBERTSON H. AND J. G. MERRILLS, *Human Rights in the World*, fourth edition, Manchester University Press, Manchester and New York, 1996.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. *El presupuesto del Estado*, Editorial Tecnos, Madrid 1970; *Introducción al Estudio del Derecho Financiero*, Ed. IEP, Madrid 1976; *Derecho financiero, gasto público y tutela de los intereses comunitarios en la Constitución, Estudios sobre el Proyecto de Constitución*, Ed. CEC, Madrid, 1978, p 347-360.

RUIZ ALMENDRAL, VIOLETA, *Impuestos y Estado Social*, en Finanzas Públicas y Constitución, Juan Zoronoza Pérez, Coordinador, Corporación Editora Nacional, Quito.

SAINZ DE BUJANDA, FERNANDO, *Sistema de Derecho Financiero*, I Introducción, Volumen Segundo, (Capítulo VII, Derecho Presupuestario), Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1985. *Lecciones de Derecho Financiero*, Universidad Complutense, Madrid, 1991.

SÁENZ ARROYO, JOSÉ, *Los Principios Económicos de la Constitución*, en La Constitución Mexicana: Rectoría del Estado y Economía Mixta, Ibídem.

SECAIRA DURANGO, PATRICIO, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito, Ecuador, 2004.

SERRA ROJAS ANDRÉS, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México D.F. 2006

SIMON HELMUT, *Los derechos fundamentales en el Estado democrático y social de derecho*, en Estado de Derecho y Democracia, Konrad Adenauer, Sfitfung, CIEDLA, Buenos Aires 1999.

SHAW JOSÉ LUIS, Tutela Jurisdiccional efectiva en materia tributaria, en Estudios en Memoria de Ramón Valdés Costa, II, fundación de cultura universitaria, Montevideo 1999.

SOLER ROCH MA. T., *Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto público*, en Sistema económico de la Constitución Española XV Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, edit. Ministerio de Justicia, Madrid. Tomado del Trabajo de Aparicio y Fernández.

TANZI VITO & SCHUKNECHT LUDGER, Crecimiento del gobierno y reforma del Estado en los países industriales, en Desigualdad Social, Valores, Crecimiento y el Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

TINAJERO DELGADO, PABLO, *La acción de lesividad*. Pontifica Universidad Católica del Ecuador, Quito, 1998.

TROYA JARAMILLO, JOSÉ VICENTE, *El derecho del gasto público*, monografía inédita. Quito, 2011.

TROYA JARAMILLO, JOSÉ VICENTE, *El derecho del gasto público*, (Con precisiones sobre la Constitución de 2008), Ensayo, Quito.

TROYA JARAMILLO, JOSÉ VICENTE, *Finanzas Públicas y Constitución*, en La estructura constitucional del estado ecuatoriano, Santiago Andrade Ubidia, Julio César Trujillo, Roberto Viciano Pástor, editores, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.

TROYA JARAMILLO, JOSÉ VICENTE, *Naturaleza del Derecho Económico*, en Estudios de Derecho Económico, editor el propio autor. Corporación Editora Nacional, Quito, 1998.

TROYA JARAMILLO, JOSÉ VICENTE, *El nuevo Derecho Constitucional Tributario Ecuatoriano*, Inédito, Versión actualizada al 2011.

TROYA JARAMILLO, JOSÉ VICENTE, *Justicia ordinaria, justicia especializada y justicia arbitral en materia tributaria en el Ecuador*, en Jornadas por los 50 años del Sistema Especializado de Justicia Tributaria en el Ecuador, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Quito, 2011.

TRUJILLO VÁZQUEZ, JULIO CÉSAR, *La Constitución económica, más allá del liberalismo*, en Revista FORO No. 7 del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito, 2007.

URQUILLA BONILLA, CARLOS RAFAEL, *Los derechos económicos sociales y culturales en Costa Rica*, en La protección judicial de los derechos sociales.

VILLEGAS, HÉCTOR B., *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, 3ª. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1980.

VELÁZQUEZ BAQUERIZO, ERNESTO, *La nueva justicia administrativa: diagnóstico de derecho contencioso administrativo y fiscal en el Ecuador*, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, Quito, 1993.

VELÁSQUEZ VILLAMAR, GASTÓN ALEXANDER, *Conceptos jurídicos básicos del Derecho Administrativo ecuatoriano*, Investigación inédita efectuada para la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Quito, 2009.

VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, SANTIAGO, *Manual de Derecho Procesal Constitucional Ecuatoriano*, EDINO, Guayaquil, Ecuador, 2010.

WITKER, JORGE, *Derecho Económico*, Harla & Row Latinoamericana, México 1985; Andrés Serra Rojas, *Derecho Económico*, Editorial Porrúa, México D.F. 1996.

WILHELM KRUSE HEINRICH, *Derecho Tributario*, Traducción de Perfecto Yebra Martul-Ortega, Editoriales de Derecho Financiero, Madrid, 1978.

WOLFGANG SARLET, INGO y FILCHTINER FIGUEIREDO, MARIANA, *Algunas consideraciones sobre el derecho fundamental a la protección y promoción de la salud a los 20 años de la Constitución Federal de Brasil de 1988*, en *La Protección judicial de los derechos sociales*, Cristian Curtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

ZAFFARONI E. RAÚL, *La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia*. Inédito.

ZORNOZA PÉREZ, JUAN, *Hacienda Pública, gasto público y derechos económicos y sociales* en *Finanzas Públicas y Constitución*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

Declaración de Quito de 24 de julio de 1998 (DESC) en América Latina y el Caribe.

CARTA SOCIAL DE LAS AMERICA Por un nuevo orden social para América Latina y el Caribe. Aprobada por la 42ava Asamblea General de la OEA el lunes 4 de junio de 2012 en Cochabamba-Bolivia.

SENPLADES, *Directrices de la Programación Presupuestaria 2011-2014*, Ministerio de Coordinación de Política Económica, Ministerio de Finanzas del Ecuador, Quito, 2011.

Oficina del Alto Comisionado Naciones Unidas, *Sistema de Recomendaciones 2004-2011*, en Ecuador y el Sistema de Protección de Derechos Humanos de la ONU, Quito, Defensoría del Pueblo, 2011.

ANEXO I

DECLARACION DE QUITO

Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en América Latina y el Caribe.

24 de julio 1998

DECLARACIÓN DE QUITO.

Acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en América Latina y el Caribe (24 de julio de 1998).

Índice del Documento.

Preámbulo

Declaración de principios sobre la exigibilidad y realización de los Desc en América latina.

Principios generales.

Principios sobre la exigibilidad y realización de los Desc.

Obligaciones del estado y otros actores implicados en la observancia de los Desc.

Obligaciones del Estado.

Obligaciones de las instituciones internacionales.

Violaciones más comunes a los DESC en América Latina que requieren ser enfrentadas.

Exigencias a los gobiernos, otros actores y la sociedad.

A los Estados en general.

A los Estados Americanos.

A las instituciones intergubernamentales y sus órganos.

A la Sociedad.

A las Empresas multinacionales y nacionales.

Organizaciones que suscribieron la Declaración de Quito.

I. PREÁMBULO

1. RECONOCIENDO que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), al igual que los civiles y políticos, son parte indisoluble de los derechos humanos y del derecho internacional de los derechos humanos, tal como constan en la Declaración Universal, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, la Declaración sobre Garantías Sociales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Facultativo de San Salvador.

2. RECORDANDO que los DESC han sido reafirmados y desarrollados a través de un gran número de instrumentos internacionales adicionales, tales como la Convención de los Derechos del Niño y de la Niña, la Convención contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, como el relativo a derechos fundamentales de la persona en el Trabajo y el Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Declaración de la Asamblea general de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, y las declaraciones de Teherán, Viena, Copenhague, Río y Beijing, entre otras.

3. TENIENDO en cuenta que los DESC forman parte de los valores fundamentales de una verdadera democracia, entendida como el conjunto de

prácticas socio-políticas que nacen de la participación y libre autodeterminación de los ciudadanos/as y los pueblos.

4. ADVIRTIENDO que la promoción de los DESC constituye un deber de especial urgencia e importancia para todas las sociedades y gobiernos, dado que 50 años después de adoptada la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los DESC no sólo son violados y amenazados, sino que son ampliamente desconocidos e ignorados.

5. DEJANDO constancia de que la falta de respeto y atención a los DESC están claramente demostradas por la creciente pobreza, hambre, falta de servicios básicos y discriminación que imperan en nuestra región, América Latina es la zona de mayor desigualdad social en el mundo y padece cientos de miles de muertes evitables cada año.

6. HACIENDO ver que el desconocimiento de los DESC en América Latina proviene muchas veces de una reducción del problema a un círculo vicioso en virtud del cual la pobreza, la inequidad y la ausencia de desarrollo resultarían una consecuencia necesaria o lamentable -según el enfoque adoptado- de reglas económicas que no se pueden modificar, razonamiento que ignora que los derechos humanos, como principios universalmente aceptados, son los que deben establecer los marcos en que la economía debe operar.

7. SEÑALANDO que la globalización del mercado y el pensamiento único, la integración económica que nace de las presiones económicas de los grupos de poder económico en el Norte, los ingentes recursos destinados al pago de la

deuda externa de la región, los ajustes estructurales y los modelos de desarrollo fundados en el patrón neoliberal representan grandes amenazas a los DESC.

8. DENUNCIANDO que la exclusión social rompe los lazos básicos de integración, atenta contra la identidad cultural de las minorías indígenas y afroamericanas, fomenta el apartheid social y la violencia.

9. AFIRMANDO que los DESC reconocen la dignidad de la persona y su condición de sujeto del desarrollo, que deben guiar las leyes, políticas y actividades de los gobiernos y de otros actores con miras a su plena realización, del mismo modo que cuestionar el fundamento de aquellas otras que amenacen su dignidad.

10. RECONOCIENDO que la impunidad frente a la grave violación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales genera un quiebre de los valores éticos de nuestra sociedad, se impone que los Estados adecuen los aparatos de justicia para establecer la verdad de lo que sucede con las violaciones, buscar la justicia y sanción de los responsables y asegurar la reparación de las víctimas.

11. RECONOCIENDO que el incumplimiento y la violación de los DESC constituyen una amenaza para la paz interna de los Estados y para la paz mundial. Que la falta de respeto a los DESC es una de las causas de la inseguridad pública cuya respuesta se ha centrado en la militarización de los cuerpos de policía con un mayor deterioro de los derechos humanos.

12. TOMANDO en cuenta las más recientes declaraciones sobre los DESC que nacen del compromiso de la sociedad civil latinoamericana, y especialmente la Declaración y Plan de Acción del Seminario Latinoamericano "Los Derechos Humanos como Instrumento de Combate a la Pobreza" realizado por ALOP (Santiago de Chile, Setiembre 1997), el Plan de Acción de las ligas latinoamericanas de la Federación Internacional de Derechos Humanos (Dakar, Diciembre 1997), la Declaración del Encuentro de ONGs de Cuernavaca (Febrero 1998), la Declaración y Plan de Acción de la Plataforma Sudamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (Lima, marzo 1998) y la Declaración y Plan de Acción del Foro de Derechos Humanos de la Cumbre de los Pueblos (Santiago de Chile, abril 1998) y la Declaración del Foro Sindical de la Cumbre de los Pueblos en Santiago de Chile, abril de 1998, las Redes, ONGs de Derechos Humanos, de Promoción del Desarrollo, Organizaciones Sindicales, de Pueblos Indígenas y de Defensa de los Derechos de la Mujer, reunidos en la ciudad de Quito, Ecuador, los días 22, 23 y 24 de Julio de 1998, proclamamos la siguiente:

Declaración de principios sobre la exigibilidad y realización de los DECS en América latina.

II. PRINCIPIOS GENERALES

13. La fuente de todos los derechos humanos es la dignidad humana. La democracia, la justicia, la paz, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente.

14. Los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y exigibles, y los DESC tienen el mismo estatuto legal, importancia y urgencia que los derechos civiles y políticos.

15. El goce de los derechos económicos, sociales y culturales es determinante para la posibilidad de un goce efectivo, igualitario y no discriminatorio de los derechos civiles y políticos. Asegurar el goce de derechos civiles y políticos sin considerar el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales conlleva discriminaciones intolerables que favorecen a los sectores beneficiados por la desigual distribución de la riqueza y reproducen las inequidades sociales.

16. La persona es sujeto de todos los derechos y libertades, y los Derechos Humanos implican el fortalecimiento de oportunidades y capacidades para que las personas puedan disfrutarlos.

17. Los Estados tienen la primordial obligación de respetar, proteger y promover los DESC frente a la comunidad internacional y frente a sus pueblos. No obstante, otros actores tienen el deber de respetar tales derechos y ser responsables frente a ellos. Por esta razón, tanto la sociedad civil, como la comunidad internacional y los Estados, frente a violaciones por acción u omisión

perpetradas por actores como las empresas multinacionales y/o los organismos multilaterales, deben adoptar individualmente o mediante la cooperación internacional, medidas efectivas para prevenir, repeler o sancionar las violaciones a esos derechos en cualquier parte.

18. Los DESC están directamente relacionados con los tratados internacionales de comercio y finanzas que vienen adoptándose en el marco del actual proceso de globalización, de modo que su respeto, protección y promoción deben considerarse como elementos para ser considerados en tales acuerdos.

III. Principios sobre la exigibilidad y realización de los Desc.

19. La exigibilidad es un proceso social, político y legal. La forma y medida en que un Estado cumpla con sus obligaciones respecto de los DESC no solamente ha de ser materia del escrutinio de los órganos de verificación del cumplimiento de las normas que los consagran y garantizan, sino que debe abarcar la participación activa de la sociedad civil en esta tarea como una condición sustancial del ejercicio de su ciudadanía. Los DESC son derechos subjetivos cuya exigibilidad puede ejercerse individual o colectivamente.

20. Los derechos económicos, sociales y culturales fijan los límites mínimos que debe cubrir el Estado en materia económica y social para garantizar el funcionamiento de sociedades justas y para legitimar su propia existencia. Para el logro de este orden económico-social mínimo los instrumentos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales no imponen fórmulas uniformes, pero requieren al menos que el Estado arbitre los medios a su alcance para cubrir las

necesidades mínimas de la población en las áreas involucradas y defina políticas de mejoramiento progresivo del nivel de vida de los habitantes mediante la ampliación del disfrute de estos derechos.

21. Existen niveles de obligaciones comunes a todos los derechos humanos, que comprenden al menos una obligación de respeto, una obligación de protección y una obligación de satisfacción. De tal modo que ninguna categoría de derecho es per se más o menos exigible, sino que a cada derecho humano le corresponden distintos tipos de obligaciones exigibles.

22. Los Estados tienen el deber de prevenir y sancionar la ocurrencia de violaciones a los DESC por parte de agentes privados. El Estado es responsable por omitir su deber de protegerlos, pero tales agentes deben responsabilizarse por sus actos y por las consecuencias de éstos ante las instancias del derecho interno.

23. Los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles a través de diversas vías: judicial, administrativa, política, legislativa. La postulación de casos judiciales referidos a estos derechos adquiere un mayor sentido en el marco de acciones integradas en el campo político y social, tanto nacional como internacional.

24. Los instrumentos internacionales y constitucionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales son operativos y establecen derechos exigibles directamente por las personas, incluso ante su omisión en la reglamentación legal. En tal sentido, los jueces están obligados a aplicar

directamente estos instrumentos y a reconocer en los casos concretos sometidos a su jurisdicción los derechos que éstos consagran.

25. Muchas de las violaciones de los DESC son sentidas y compartidas por la colectividad, por eso la exigibilidad de los DESC se aplica a casos individuales y colectivos.

IV. Obligaciones del estado y otros actores implicados en la observancia de los Desc.

A. Obligaciones del Estado.

26. Los contenidos de los DESC y las obligaciones que les corresponden han sido elaboradas en varios documentos y por varias instituciones, incluyendo a los Principios de Limburgo y Maastricht, la Declaración de Bangalore y los Comentarios y Observaciones del Comité del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

27. Los derechos económicos, sociales y culturales fijan límites a la discrecionalidad estatal en la decisión de sus políticas públicas. La asunción de obligaciones en este campo establece un catálogo de prioridades que el Estado se ha comprometido a asumir, debiendo dedicar prioritariamente sus recursos a cumplir estas obligaciones. Así, la obligación de destinar "hasta el máximo de los recursos de que disponga" contenida en el art. 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece un orden de prelación para su utilización.

28. Las obligaciones de los Estados respecto a los DESC comprenden:

- Una obligación de respeto, consistente en la no interferencia del Estado en la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo o de grupos o colectividades, en aras de autosatisfacer sus necesidades económicas y sociales;
- Una obligación de protección, consistente en el resguardo del goce de estos derechos ante afectaciones provenientes de terceros;
- Una obligación de satisfacer, de manera plena, el disfrute de los derechos;
- y
- Una obligación de sancionar los delitos cometidos por servidores públicos, así como por personas físicas o jurídicas en casos de corrupción que violen o atenten contra los DESC.

29. Además, el Estado tiene las siguientes obligaciones:

- a) Obligación de no discriminación: amén de la obligación de trato igualitario y del principio de no discriminación, tanto en materia de derechos civiles y políticos como de derechos económicos, sociales y culturales, la obligación del Estado se extiende a la adopción de medidas especiales -incluyendo medidas legislativas y políticas diferenciales- para las mujeres y en resguardo de grupos en situación de vulnerabilidad y de sectores históricamente desprotegidos, tales como los ancianos/as, niños/as, personas con discapacidad física, enfermos/as terminales, personas con problemas médicos persistentes, personas que padecen de

enfermedades mentales, víctimas de desastres naturales, personas que viven en zonas riesgosas, refugiados, comunidades indígenas o los grupos bajo condiciones de pobreza extrema;

- b. Obligación de adoptar medidas inmediatas: los Estados tienen la obligación de adoptar medidas en un plazo razonablemente breve desde el momento mismo en que ratifican los instrumentos referidos a los DESC. Tales medidas deben consistir en actos concretos, deliberados y orientados lo más claramente posible hacia la satisfacción de la totalidad de los derechos. En todo caso corresponderá al Estado justificar su inactividad, demora o desviación en el cumplimiento de tales objetivos, y entre sus obligaciones inmediatas se encuentran:
 - b.1 La obligación de adecuar el marco legal: los Estados tienen la obligación de adecuar su marco legal a las disposiciones de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.
 - b.2 La obligación de producir y publicitar información: el derecho a la información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en el área económica y social. Contribuye asimismo a la vigilancia por parte del propio Estado del grado de efectividad y obstáculos para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, teniendo en cuenta además a los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. El Estado debe disponer los medios necesarios para garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la información pública. Debe además producir información sobre el grado de efectividad de los DESC, así como de los

obstáculos o problemas que impidan su adecuada satisfacción y sobre los grupos más favorables.

- b.3 La obligación de proveer recursos judiciales y otros recursos efectivos: dada la ausencia de diferencias sustanciales entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, el Estado -y la comunidad internacional- deben asegurar recursos judiciales o de otro tipo, aptos para hacer exigibles los derechos en caso de violación.
- c. La obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos: el Estado tiene la obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos. Esta obligación rige aun en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores. En estas situaciones, el Estado debe fijar un orden de prioridades en la utilización de los recursos públicos, identificando a los grupos vulnerables que serán beneficiados a fin de efectuar un eficaz aprovechamiento de la totalidad de los recursos de que disponga.
- d. La obligación de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad: el Estado tiene el deber de encaminarse hacia la plena efectividad de los derechos, por lo que viola la idea de progresividad su inacción, su irrazonable demora y/o la adopción de medidas que impliquen el retroceso de tales derechos. Es prohibido al Estado la implementación de políticas regresivas, entendiendo por tales aquellas que tengan por objeto o como efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido:

- d.1 Las normas reglamentarias aparentemente regresivas conllevan una presunción de invalidez que obliga al Estado a justificarlas plenamente bajo condiciones de escrutinio estricto.
- d.2 La progresividad implica que los Estados fijen de manera inmediata estrategias y metas para lograr la vigencia plena de los DESC, con un sistema verificable de indicadores que permitan una supervisión desde los sectores sociales. La progresividad implica la aplicación inmediata de los contenidos mínimos de los DESC para garantizar una vida digna y unas condiciones mínimas de subsistencia.
- d.3 Conforme al Principio 72 de Limburgo, se considerará que el Estado Parte comete una violación al Pacto si, por ejemplo:
 - No logra adoptar una medida exigida por el Pacto;
 - No logra remover, a la mayor brevedad posible y cuando deba hacerlo, todos los obstáculos que impidan la realización inmediata de un derecho;
 - No logra aplicar con rapidez un derecho que el Pacto exige;
 - No logra, satisfacer una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada, y para cuya satisfacción está capacitado;
 - Adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo;
 - Retrasa o detiene la realización progresiva de un derecho, a menos que actúe dentro de los límites permitidos en el Pacto o que dicha conducta se deba a una falta de recursos o a una situación de fuerza mayor;
 - No presenta los informes exigidos por el Pacto.

30. Se debe garantizar a todas las personas una cabal realización de su condición ciudadana y, correspondientemente, su igualdad formal y material para asegurar la plena vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales.

31. Se deben crear espacios de participación para los/as ciudadanos/as en el diseño, ejecución y control de los planes de desarrollo, la priorización del presupuesto, la vigilancia del cumplimiento de los pactos internacionales y otras normas referidas a la protección de todos los derechos humanos, así como de las actividades del Estado y otros actores económicos y sociales que afecten sus derechos a nivel global, regional, nacional y local. Garantizando igualmente su participación en el proceso de reformas del Estado, sobre los procesos de desregulación y en el diseño e implementación de políticas públicas.

32. Los Estados son directamente responsables si permiten que personas naturales o jurídicas, como las empresas nacionales o extranjeras, que realizan actividades en su territorio violen los DESC de la población ubicada en su jurisdicción; o si protegen o garantizan el ejercicio abusivo y discriminatorio de derechos que impliquen, a su vez, la violación de otros tales como la alimentación o el trabajo, o conllevan la explotación de las mujeres o del trabajo infantil, entre otras conductas violatorias de los mismos.

33. La vigencia de los DESC implica un compromiso de los Gobiernos y de las otras ramas del poder público (Legislativo y Judicial) y de los organismos de control (Ministerio Público - Fiscales - Ombudsman entre otros) para adoptar todas las medidas que están a su alcance para la realización de los DESC,

incluyendo medidas legislativas, judiciales, administrativas, económicas, sociales y educativas con el fin de garantizar los derechos consagrados en el PIDESC.

34. Con miras a procurar la plena satisfacción de los DESC se deben aplicar políticas fiscales orientadas a una redistribución equitativa del ingreso, gravando preferente y selectivamente el patrimonio, las grandes fortunas y las transacciones comerciales antes que los salarios o los ingresos del trabajo personal con impuestos indiferenciados o regresivos al consumo o al valor agregado.

35. Los compromisos estatales relativos a la creación de un entorno económico, político, social, cultural y jurídico favorable al desarrollo social exigen acciones enérgicas dirigidas a la erradicación de la pobreza, promover el pleno empleo y la equidad entre hombres y mujeres como prioridad de las políticas económicas y sociales, promover la integración social basada en la promoción y protección de todos los derechos humanos, así como la tolerancia, el respeto de la diversidad, la igualdad de oportunidades, la solidaridad, la seguridad y la participación de todas las personas, grupos desfavorecidos y vulnerables, sin ninguna discriminación.

36. Un compromiso serio con las obligaciones de los Estados respecto de los DESC implica que las obligaciones de pago con los acreedores externos deben subordinarse al deber de promover el pleno acceso y disfrute por sus ciudadanos de estos derechos, de modo tal que los programas de ajuste estructural que se acuerden con los organismos financieros internacionales deben estar subordinados al desarrollo social, y en particular, la erradicación de la pobreza, la

generación de empleo pleno y productivo y la promoción de la integración social con una perspectiva de género y de diversidad cultural.

B. Obligaciones de las instituciones internacionales.

37. En las transacciones macroeconómicas y en la aplicación de políticas de ajuste estructural, las empresas multinacionales, las instituciones financieras intergubernamentales (BM, BID, FMI), la Organización Mundial del Comercio y el Grupo de los Siete deben responsabilizarse de no incurrir en violaciones de los DESC, especialmente en países pobres como los de Latinoamérica.

38. Conforme al mandato de la Carta de las Naciones Unidas y sus instrumentos constitutivos, las instituciones intergubernamentales tienen las siguientes obligaciones:

- Asegurar que sus políticas y actividades respeten los DESC, lo que significa que no contribuyan a promover violaciones de los DESC en la forma de una regresividad del ámbito de protección concedido a estos derechos o mediante la introducción de obstáculos para el disfrute de los DESC.
- Asegurar que sus políticas y actividades promuevan los DESC, especialmente a través del fortalecimiento de la capacidad de las poblaciones para reivindicar y satisfacer estos derechos por sí mismas.

- Asegurar la máxima transparencia de sus actividades y la plena participación en la formulación de sus políticas y actividades por parte de las poblaciones afectadas.
- Evaluar, vigilar y asumir su responsabilidad por el papel que les compete en las violaciones de los DESC.

V. Violaciones más comunes a los DESC en América Latina que requieren ser enfrentadas.

30. El no reconocimiento de las obligaciones del Estado frente a los DESC por sus distintas ramas, no solamente en la formulación de leyes, sino también en el diseño y control del presupuesto por el Congreso, en la formulación de las políticas económicas y sociales, en la vigilancia de las actividades del Gobierno y los ministerios, y en las decisiones de las cortes.

31. La falta de monitoreo y evaluación regular sobre el cumplimiento de los DESC y la consecuente inexistencia de medidas eficaces para evitar las violaciones de los DESC.

32. La ausencia de políticas para asegurar una distribución más equitativa de los beneficios del desarrollo con la consecuente concentración de la riqueza que impide el acceso universal a los servicios básicos.

33. La ausencia de políticas efectivas y afirmativas para superar la discriminación de facto sufrida por las mujeres.

34. La ausencia de políticas efectivas y afirmativas para superar la discriminación de facto de sectores sociales segregados y en situación de vulnerabilidad como los indígenas, inmigrantes y poblaciones desplazadas en el disfrute de los DESC.

35. La falta de transparencia en la formulación y desarrollo de políticas y actividades del Estado en materia de DESC. Esto incluye la falta de difusión en la preparación de los informes relativos al cumplimiento del PIDESC y de las Recomendaciones del Comité de la ONU sobre los DESC relativos a tales informes.

36. La falta de difusión de información y educación sobre los DESC.

37. La corrupción de funcionarios estatales en la ejecución de los presupuestos sociales y la ineficacia en la utilización de los recursos públicos, con perjuicio del pleno disfrute de los DESC.

38. La falta de reconocimiento y respeto para los DESC en los acuerdos internacionales de integración, en el pago de la deuda externa y la aplicación de los programas de ajuste estructural.

39. Anteponer al ejercicio pleno y efectivo de los DESC otros intereses del Estado.

40. La falta de acción de los Estados frente a las violaciones y amenazas para el disfrute de los DESC provenientes de agentes privados, tales como las empresas que desconocen su obligación de respetar los derechos fundamentales de la

persona en el trabajo y el derecho de la colectividad a un medio ambiente sano y protegido.

VI. Exigencias a los gobiernos, otros actores y la sociedad.

A. A los Estados en general.

41. Que ratifiquen, en caso de no haberlo hecho ya, el PIDESC y se adhieran a la iniciativa para adoptar un Protocolo Facultativo para el mismo, como un medio para garantizar un mínimo de disfrute de los derechos económicos sociales y culturales en la región.

42. Que cumplan con su obligación de evaluar e informar sobre el cumplimiento del PIDESC u otro Pacto en materia de DESC, con la participación previa de la sociedad. Que entreguen informes regulares a los órganos del sistema de Naciones Unidas encargados de su verificación y de velar por el cumplimiento de sus recomendaciones.

43. Que garanticen que, en el marco de las reformas constitucionales, los DESC ostenten rango constitucional y gocen de mecanismos específicos y adecuados de protección jurídica que garanticen su exigibilidad y justiciabilidad ante los tribunales.

44. Que armonicen las normas legales internas con los postulados del PIDESC y otros instrumentos jurídicos internacionales relativos a los DESC.

45. Que doten de asistencia legal a las personas que no cuenten con los recursos económicos para la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales. Es

deber de los Estados reparar integralmente a las víctimas de las violaciones de los DESC.

46. Que creen en sus países órganos de control de Estado, cuando no existan la institución del Ombudsman o Defensorías del Pueblo que se ocupen de manera especializada de los DESC, o cuando menos que estén dotadas de funciones específicas orientadas al cumplimiento de los DESC.

47. Que adopte un modelo de desarrollo centrado en la persona humana, en el que el desarrollo se mida por el nivel de disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la población y no sólo por el crecimiento económico.

48. Establecer mecanismos de consulta ciudadana con respecto al establecimiento de convenios, contratos y tratados de carácter comercial internacional, especialmente con relación a su impacto en los DESC.

49. Adoptar medidas eficaces para erradicar la corrupción en la función pública, especialmente en el manejo del presupuesto, penalizando estas conductas.

50. La utilización de los Estados de excepción no puede derogar ni suspender el ejercicio y disfrute de los DESC.

B. A los Estados Americanos.

51. Que incorporen el tema de la erradicación de la pobreza basada en la realización de los DESC como eje central de la agenda de prioridades nacionales

y, subsecuentemente, adopten medidas adecuadas al carácter multidimensional y complejo del fenómeno.

52. Que ratifiquen el Protocolo de San Salvador y todos aquellos instrumentos internacionales vinculados con la promoción y protección de los DESC, en particular los de la OIT, los referidos a las mujeres, niños(as), trabajadores inmigrantes, así como Pueblos Indígenas y comunidades afroamericanas, procurando su reactualización de conformidad con las actuales exigencias planteadas por estos derechos en América Latina.

53. Que revisen el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos con la participación del sector no gubernamental, para mejorar la efectividad de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de todos los derechos humanos y, de modo particular, de los DESC.

54. Que procuren el fortalecimiento y visualización del compromiso con los DESC por parte de las diversas instancias y órganos de la OEA, la Comisión y la Corte.

55. Que garanticen tanto en el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), como en los demás acuerdos regionales y universales de integración económica, que respeten y cumplan los principios de los pactos y convenios internacionales referidos a los DESC.

56. Que promuevan la adopción de una Carta Social Americana dirigida a garantizar el pleno y equitativo disfrute de los DESC por todos los ciudadanos y ciudadanas de la región.

57. Que se garantice el desarrollo a la libre circulación de los trabajadores, promoviendo la regularización y reconocimiento de los derechos de los trabajadores migrantes o, en su caso, de la población desplazada en el seno de cada país.

58. Que aseguren la participación de la sociedad civil en el proceso de diseño, adopción, implementación y vigilancia de la integración económica regional.

59. Que promuevan la adopción de mecanismos de supervisión internacional de los DESC que faciliten su exigibilidad.

60. Que revisen el impacto del pago de la deuda externa en el disfrute de los DESC, estableciendo una comparación entre los ingresos por concepto de cooperación internacional y los egresos por amortización de la deuda externa con miras a dejar en claro si hay o no ayuda real para el desarrollo, y procurar las medidas correctivas correspondientes.

61. Que establezcan un límite internacional al gasto público en las fuerzas armadas y de seguridad pública, fijando una relación porcentual entre éste y el gasto social, liberando recursos apropiados para atender los DESC de toda la población, adoptando esta proporción como un índice verificable de desarrollo.

62. Que cumplan con la obligación de proporcionar la enseñanza de los derechos humanos en los sistemas nacionales de educación, ya que muchos de los tratados y declaraciones internacionales relativos a los derechos humanos contienen deberes especiales de los Estados a fin de proporcionar educación pública, entrenamiento de funcionarios sobre otros tipos de educación acerca de los derechos específicos que garantizan dichos tratados y declaraciones.

C. A las instituciones intergubernamentales y sus órganos.

63. Que las instituciones intergubernamentales del sistema de las Naciones Unidas, (especialmente aquellas vinculadas a la cooperación técnica y económica internacional), y los Estados que las conforman, reconozcan sus responsabilidades y obligaciones frente a los DESC en relación a la Carta Universal de los Derechos Humanos y sus propias cartas constitutivas.

64. Que al elaborar sus programas y planes de actividades, estas instituciones no sólo coordinen y armonicen sus políticas, evalúen el efecto de éstos sobre el conjunto de los derechos humanos y, en particular, su impacto sobre los DESC.

65. Que establezcan y/o perfeccionen mecanismos y oportunidades para que la población afectada y las organizaciones no gubernamentales comprometidas con la promoción de los DESC participen o sean consultadas acerca de los programas que se impulsen.

66. Que se habilite normativamente la participación igualitaria de los Estados en las decisiones de las instituciones financieras internacionales.

67. Que la Asamblea General de la ONU y /o el ECOSOC soliciten una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia acerca de si las prácticas y políticas del FMI y del BM se ajustan a los fines de su creación y a la Carta de las Naciones Unidas.

68. Que establezcan, especialmente en las instituciones de Breton Woods, mecanismos de control sobre el flujo de capitales especulativos.

69. Que la Declaración de los Pueblos Indígenas sea adoptada sin debilitar su contenido, que dicha Declaración se convierta en Convención antes de que concluya el Decenio de los Pueblos Indígenas (2004), y que se cree un Foro Indígena Permanente como parte del Sistema de las Naciones Unidas.

D. A la Sociedad.

70. Que en tanto los DESC no pueden ser realizados sin la participación activa de la sociedad en general, y de las comunidades afectadas en particular, los movimientos y organizaciones sociales latinoamericanos asuman la tarea de promoverlos.

71. Que la sociedad en su conjunto tome conciencia de que los DESC son derechos humanos exigibles y justiciables.

72. Que se refuerce la discusión teórica para precisar tanto los contenidos mínimos de los DESC, como el núcleo intangible o esencial de cada derecho, de modo que permita garantizar a sus titulares un nivel de vida adecuado mínimo dentro del concepto de vida digna que es exigible en todo momento y lugar.

Dicho núcleo esencial debería ser informado por la experiencia de quienes viven en los márgenes de la sobrevivencia.

73. Que el papel fundamental desempeñado por las ONGs en beneficio de la promoción y defensa de los DESC, así como de todos los derechos humanos, sea reconocido, promovido y protegido. Las ONGs constituyen un canal de especial relevancia para el suministro y disseminación de información relativa a estos derechos, el impulso y acompañamiento de acciones de exigibilidad, y la asistencia -por diversos medios- a los distintos mecanismos especiales de promoción y protección de los derechos humanos en la ONU y en la OEA, incluso brindando su apoyo respecto a la puesta en práctica de sus recomendaciones. Es menester, por tanto, fortalecer su acceso a todo el sistema.

74. Que las organizaciones y movimientos comprometidos con la promoción de los DESC aúnen esfuerzos, de la manera más inmediata y profunda que sea posible, tanto para incidir en las políticas públicas (gasto social, imposiciones fiscales, planes de desarrollo) que garanticen la máxima asignación de recursos para la vigencia de los DESC, como para monitorear, vigilar y verificar socialmente los niveles de cumplimiento de los DESC al interior de cada país. Para ello deben diseñar instrumentos apropiados de medición o utilizar los existentes, promoviendo la realización de informes independientes sobre este aspecto en el ámbito nacional e internacional.

75. Que se multipliquen los programas de formación acerca de los conceptos, estrategias y metodologías de exigibilidad jurídica y política de los DESC,

dirigidos a los distintos liderazgos de la sociedad civil y las organizaciones que la representan, de modo que se amplíe su capacidad de actuar e incidir en la formulación y aplicación de las políticas públicas relacionadas con éstos.

76. Que se impulse, en colaboración con las organizaciones sindicales y grupos de consumidores, el monitoreo sobre el accionar de los agentes económicos privados con el fin de que respeten las normas internacionales de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona. Que se implementen campañas en diferentes países, con el objetivo de establecer Códigos de Conducta y/o cláusulas mínimas comunes de protección de los convenios fundamentales del Derechos Internacional de los Derechos Humanos y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Igualmente en los procesos de reforma al Estado, de desregulación y de privatización de los servicios públicos y demás políticas públicas.

77. Que se destaque la importancia de incorporar la perspectiva de género en todas las actividades referidas a la promoción de los derechos humanos y, en particular, el enfrentamiento de la violencia contra la mujer y el/la niño/a en la vida pública y privada, el derecho a la salud, incluida la salud reproductiva y sexual y la protección de su integridad física, psicológica y sexual.

E. A las Empresas multinacionales y nacionales.

78. Que adopten lineamientos de ética social o Códigos de Conducta que conlleven una armonización de sus actividades a su deber de respetar todos los derechos humanos.

79. Que respeten escrupulosamente las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) referidas a la promoción y protección de los derechos fundamentales de los trabajadores.

80. Que se responsabilicen por sus actos, así como por los efectos de éstos, incluso en sede judicial, respecto a los DESC de los usuarios y consumidores de sus productos o servicios, de sus trabajadores, y/o de las poblaciones afectadas en general por sus prácticas productivas y/o comerciales.

81. Que se allanen al escrutinio independiente y/o monitoreo regular de la sociedad civil sobre aquellas de sus acciones que tengan incidencia de naturaleza económica, social y/o cultural.

Quito, 24 de Julio de 1998

Organizaciones que suscribieron la declaración:

ARGENTINA: CELS - Víctor Abramovich - LADH - Carlos Mariano Zamorano; BOLIVIA: APDH - Guillermo Vilela; BRASIL: AJUP - Miguel Pressburger; FASE - Pedro Cunha; MNDDHH - Valeria Getulio de Brito e Silva; Fundación Ford (BRASIL) - Edward Telles; CANADÁ: CERA - Bruce Porter; COLOMBIA: Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" - Alirio Uribe / Rafael Barrios; CPDH - Elizabeth Santiago Arenas; CCJ - Alberto León Gómez; ATI - Ricardo Mendoza; ONIC - Carlos Alberto Sánchez; REDESARROLLO - Francisco Castillo; COSTA RICA: CODEHUCA - Factor

Méndez; CHILE: FORJA - Diego Carrasco; SUR - José Bengoa; CODEPU - Víctor Espinosa; CCDH - Juan Domingo Milos; ECUADOR: APDH - Alexis Ponce / Anaité Vargas; CDES - Chris Jochnick / Paulina Garzón / Isabela Figueroa; INREDH - Beatriz Villareal / Beatriz Benavides; CEDHU - Elsie Monge; FEPP - Fernando Lugris; CDHN - Carmen Allauca; EL SALVADOR: ARMIF - Jaime Miranda; CDHES - Miguel Rogel Montenegro; FESPAD - María Silvia Guillén; ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA: Fundación McArthur - Kimberly Stanton; COHRE - Grahame Russell; GUATEMALA: PRODESSA - Marvin Sánchez; CDHG - Conrado Martínez; CALDH - Walter Valencia; MÉXICO: CEEAL - Carlos Zarco - CMDPDH - Sara Alatorre; LIMEDDH - Adrián Ramírez; Equipo Pueblo; Todos Derechos para Todos; Convergencia - Carlos Ortega; Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos - Michelle Maza; AFSC - Rocío Romero; NICARAGUA: CENIDH - Vilma Nuñez de Escorcía; PANAMÁ: PRODESO - Maribel Gordon; PERÚ: APRODEH - Eduardo Cáceres; CEDAL - Javier Mujica; CIDIAG - Oscar Balbuena; Coordinadora Rural - Gabriel Carrasco; AFSC - Rocío Romero; URUGUAY: SERPAJ - Fernando Willat; VENEZUELA: PROVEA - Raúl Cubas; BÉLGICA: NCOS - Freya Rondelez; FRANCIA: COMITE ONU/PIDESC - Phillipe Texier; REDES: PSDHDD - Dante Vera / Javier Mujica / Oscar Balbuena; FIDH - Françoise Mathe; ORIT/CIOSL - José Chávez / Iván González; CLADEM - Roxana Vásquez; CLADEM/Perú - Gina Yañez; ALOP/Grupo de Trabajo "Pobreza y Derechos Humanos" - Manuel Chiriboga / Javier Mujica.

ANEXO II

CARTA SOCIAL DE LAS AMERICAS

Por un nuevo orden social para

América Latina y el Caribe

Aprobada por la 42ava Asamblea General de la OEA el lunes 4 de junio de 2012
en Cochabamba-Bolivia.

CARTA SOCIAL DE LAS AMERICA

Por un nuevo orden social para América Latina y el Caribe

Preámbulo

Considerando que la pobreza, la inequidad y la exclusión social han alcanzado en el hemisferio niveles sin precedentes, afectando el desarrollo y sostenimiento de numerosos países, lo que a su vez se ha traducido en incremento de los niveles de desnutrición, analfabetismo, propagación de enfermedades y en general, de un deterioro económico, social y moral de nuestras sociedades.

Teniendo en consideración que los Objetivos del Desarrollo del Milenio de las Naciones Unidas, nos comprometen a realizar los máximos esfuerzos para alcanzar las metas propuestas de reducción de la pobreza, para el 2015.

Teniendo en cuenta que la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana, el Protocolo de San Salvador, la Declaración de Margarita y la Declaración de Nuevo León, constituyen los principales documentos en donde nuestro foro hemisférico ha plasmado su planteamiento de erradicar la pobreza, la inequidad y la exclusión social en la región.

Convencidos de que la desigualdad social constituye el tema de los temas, en este momento y para este tiempo, es por lo que declaramos que alcanzar el desarrollo

social significa que todos los ciudadanos tengan la oportunidad de obtener la mayor suma de felicidad posible; consideraciones que nos llevan a adoptar el compromiso de hacer valer el conjunto de Deberes y Derechos que conforman esta CARTA SOCIAL DE LAS AMERICAS

TITULO I

DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

CAPITULO I

Derecho a la Vida Digna

1.- El derecho a la vida es inalienable. Todos los seres humanos tienen derecho a una vida digna, pleno disfrute de sus derechos humanos, solidaridad, paz y justicia social.

2.- Se desalentará todo método que atente contra la vida, como estrategia para resolver los problemas derivados de la pobreza y la inseguridad sociales.

3.- La vida es patrimonio colectivo y nadie podrá patentar el genoma de los seres vivos, ni utilizarlo con fines discriminatorios, ni se permitirá el uso de seres humanos como objetos de experimentación biológica, ni prácticas científicas que acarreen destrucción de la vida o deformación de sus componentes.

4.- Los Estados velarán por la promoción de los valores éticos asociados al respeto a la vida, una cultura de paz y un compromiso radical con la desaparición de toda forma de discriminación que afecte la disponibilidad de los recursos básicos y necesarios para la vida.

5.- Los Estados velarán por la provisión de alimentación para aquellos sectores sociales carentes de recursos económicos, como una protección esencial contra el hambre y la miseria.

CAPITULO II

Derecho a la Salud

6.- La salud es patrimonio de los Pueblos. Los Estados se comprometen a dispensar a sus ciudadanos Atención Primaria de Salud Integral de forma gratuita, permanente, universal acompañada de la educación para fomentar la promoción de la salud, la prevención de las enfermedades, la rehabilitación necesaria y oportuna y la participación comunitaria, en el desarrollo de los programas y servicios destinados al control de los agentes biológicos y sociales que ocasionan riesgos a la salud.

7.- Los Estados se comprometen a proveer a los portadores de enfermedades crónicas de alto costo, los tratamientos y medicamentos necesarios para mejorar su calidad de vida, de forma gratuita, sostenida y universal.

8.- Los Estados se comprometen a la dotación de equipos, medicinas y recursos humanos, requeridos para atender las necesidades de salud de su población, especialmente en los sectores más empobrecidos y excluidos de nuestros pueblos.

9.- La participación protagónica de la población como actor corresponsable de los servicios de salud, debe ser estimulada y reconocida como factor de consolidación de los sistemas públicos nacionales de salud.

10.- Los Estados propenderán a fomentar redes de capacitación de recursos humanos en salud, con la participación de las universidades, institutos de salud pública y centros de investigación nacionales. Internacionalmente, se favorecerá todo convenio o acuerdo de cooperación, que facilite y promueva la formación acelerada de equipos técnicos, el intercambio de recursos tecnológicos, la prestación de servicios de salud y toda otra actividad de cooperación que eleve los estándares de salud y participación de nuestros pueblos.

11.- La Salud es un compromiso de todos los ciudadanos. En consecuencia, se exhortará a todos los sectores sociales, públicos y privados, institucionales y comunitarios, a presentar y apoyar proyectos de salud que ofrezcan atención directa a los ciudadanos. Se propenderá al desarrollo de redes de salud que optimicen la capacidad resolutive del sistema y su pronta activación en casos de emergencia pública.

12.- Los Estados reconocerán el valor de las culturas médicas indígenas. Especialmente se favorecerá la recuperación su acervo de conocimientos tradicionales terapéuticos, respetando el ejercicio y la propiedad comunitaria sobre los mismos.

13.- Por ser la Salud un derecho humano universal, se propiciarán alianzas internas entre sectores y/o con otros países de la región, para establecer formas productivas de recursos indispensables para la salud, tales como formación de recursos humanos, medicamentos genéricos, instrumentos quirúrgicos, equipamientos hospitalarios, tecnologías y sistemas de información que coadyuven al desarrollo de mejores servicios de salud.

14.- Los Estados se comprometen a financiar las investigaciones sociales dirigidas a promover la validación de nuevos instrumentos técnicos, que den cuenta real y exhaustiva de las condiciones de salud de su población, de sistemas de información equivalentes y homologables en términos de aplicación terapéutica, disponibles mediante la red de información epidemiológica de uso obligatorio entre los países, de acuerdo a las normas establecidas por la OMS/OPS.

15.- Los riesgos a la salud, para los trabajadores y trabajadoras de todos los niveles en el ámbito de los servicios de salud, obligará a los Estados a extremar la prevención mediante la capacitación, dotación y uso obligatorio de los recursos técnicos y normativos, dirigidos a garantizar la seguridad integral requerida en el desempeño laboral.

16.- Los ciudadanos y ciudadanas víctimas de catástrofes naturales tienen derecho a ser resarcidos en sus bienes y condiciones de salud y vida por parte del Estado.

17.- Las madres en estado de gestación y los recién nacidos son sujetos de atención prioritaria por parte del Estado. Para ello se crearán instituciones suficientes y adecuadas.

CAPITULO III

Derecho a la Educación

18.- Todos los ciudadanos tienen derecho a la educación pre-escolar y primaria, gratuita y universal y a todos los demás niveles educativos, sin más restricción que la derivada de la capacidad y vocación individuales.

19.- La educación estará cimentada en los principios de universalidad, pluralismo, libertad, equidad, pertinencia, calidad, justicia y formación para el trabajo y para la vida.

20.- Los Estados se comprometen a dotar adecuadamente a los centros de enseñanza a objeto de asegurar su permanencia y actualización científica, tecnológica y humanística.

21.- Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a participar en el diseño, administración y evaluación de los procesos educativos y el Estado velará por su reconocimiento y brindará atención a sus planteamientos, en el marco que establecen las leyes.

22.- Los Estados garantizarán el acceso a la educación de los ciudadanos y ciudadanas privados (as) de libertad, y/o con necesidades especiales, en las mismas condiciones de principios y formas establecidas para el resto de la población.

23.- Los Estados avanzarán en el diseño y aplicación de formas novedosas para alcanzar e incluir socialmente a los grupos más pobres y marginados y para promover alternativas académicas y pedagógicas con el fin de alcanzar la alfabetización universal y la capacitación para el trabajo.

24.- Los Estados regularán la participación de los medios de comunicación a los fines de propiciar la construcción de la moral pública en base a los valores democráticos, el servicio comunitario, la solidaridad social y la responsabilidad por la educación de los niños, niñas y adolescentes.

25.- Los Estados favorecerán la formación académica y calidad de vida de los educadores y educadoras, como una condición básica para el establecimiento de mejores procesos pedagógicos. Por lo tanto, se dará especial atención a las remuneraciones, seguridad social y reconocimiento público a su desempeño, como estímulo a su función social educativa.

26.- Las políticas educativas deben contemplar además, la certificación de competencias laborales y sus acreditaciones, como alternativa para la formalización del trabajo digno y decente.

27.- Las políticas públicas deben articularse para ofrecer y establecer de manera directa asistencia económica, habitacional, alimentaria, de materiales de estudio, vestido y transporte a la población menos favorecida y excluida, a objeto de garantizar igualdad de condiciones para el derecho al estudio e incorporación inmediata al mercado de trabajo.

CAPITULO IV

Derecho al Trabajo

28.- Toda persona tiene derecho al trabajo, a ser empleado, protegido ante contingencias y bien remunerado. El Estado velará por la promoción de oportunidades para que los ciudadanos y ciudadanas puedan desarrollar una actividad económica o remunerada digna, decente y productiva en condiciones de libertad, equidad, seguridad, salud e higiene ocupacional y de respeto a la dignidad humana.

29.- Todo trabajo remunerado debe ir acompañado de los derechos que de él se derivan y que aseguran el disfrute de las condiciones de desempeño laboral, en niveles de máxima realización personal y en general, todos los derechos nacionales específicos del área laboral y los acuerdos internacionales de la OIT y de índole regional o subregional que hayan sido ratificados.

30.- Los Estados se comprometen a velar y garantizar la libertad sindical, libertad de asociación, de petición y reclamos, la convención colectiva, eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio, abolición efectiva del trabajo infantil, eliminación de toda forma de discriminación en materia de empleo u ocupación, así como la promoción, vigilancia de la salud y seguridad en el empleo u ocupación y sancionar a quienes no las cumplan.

31.- Todos los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familias tienen derecho a la protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo de acuerdo a las normas nacionales, sin más restricciones que las derivadas de los acuerdos internacionales válidamente ratificados y especificados.

32.- Los derechos laborales son irrenunciables y los Estados garantizarán su disfrute en los términos convenidos en las leyes, convenios colectivos y cumplimiento de las leyes y Convenios Internacionales en materia laboral y social de las empresas multinacionales, cuando sea el caso. Se hace especial mención de:

- Un salario mínimo de alcance y disfrute social, además de una remuneración justa, digna y equitativa.
- Protección, seguridad y sanciones a quienes no cumplan con los requerimientos de la promoción, prevención, higiene y salud en el trabajo.
- Libertad de elegir el empleo y el trabajo.

- Capacitación permanente, formación profesional, promoción y ascensos de acuerdo a sus capacidades y competencia.
- Protección del salario
- Estabilidad laboral.
- Derecho a vacaciones remuneradas, al descanso y la recreación.
- Derecho a una jornada de trabajo reconocida y concertada nacional e internacionalmente que no supere las ocho (8) horas diarias diurnas y las siete (7) nocturnas, según la naturaleza de las labores .
- Derecho a indemnización por causa de la cesantía laboral y su reubicación en otro empleo o inserción en una actividad productiva basada en la economía social.
- Derecho a la protección social y económica en caso de cesantía, enfermedad o accidente laboral, así como a una pensión y jubilación digna y decente.
- Derecho a la información financiera de las empresas u organismos empleadores, riesgos y eventualidades de inversión, como mecanismo de protección ante posibles fraudes cometidos por las empresas que podría lesionar su estabilidad emocional, social y familiar.
- Derecho a la cogestión, autogestión y control de los medios de producción, teniendo como fundamento la promoción, constitución de cooperativas y una economía social incluyente y socialmente sustentada.

CAPITULO V

Derecho a la Protección Social

33.- Todas las personas tienen derecho a recibir protección integral del Estado, especialmente quienes que se encuentren en las siguientes situaciones:

- Tercera edad.
- Con discapacidad.
- Desempleo.
- Orfandad.
- Desplazamiento forzado.
- Violencia.
- Hambre.

34.- Los Estados se comprometen a diseñar políticas públicas integradas que garanticen la seguridad social de todos los ciudadanos y ciudadanas, con carácter universal, integral, solidario, equitativo y financieramente soportable.

35.- Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a una pensión de retiro digna, como sustento para la tercera edad y como reconocimiento a los aportes dados a la sociedad.

Su monto nunca podrá ser inferior al salario mínimo social establecido en las normativas nacionales.

36.- Los ciudadanos y ciudadanas que disfrutan de pensión o jubilación, tendrán derecho a continuar participando en labores productivas cuando voluntariamente y en uso de sus capacidades así lo consideren. El Estado ofrecerá oportunidades de aprovechamiento de sus experiencias para favorecer el empalme generacional.

CAPITULO VI

Derecho a la Vivienda

37.- Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a una vivienda adecuada, incorporada a un medio ambiente equilibrado, espacios públicos y de servicios básicos, que garanticen la seguridad y humanización de sus relaciones vecinales y comunitarias. Los Estados desarrollarán políticas que garanticen este derecho.

38.- El diseño arquitectónico de las viviendas debe guardar relación con el entorno ecológico y las variantes culturales de los pueblos.

39.- Se deberá garantizar que la adquisición de la vivienda no comprometa más allá del 25% de los ingresos de la familia. Para garantizar el acceso a la vivienda, los Estados promoverán planes de urbanismo y construcción habitacional y ofrecerán políticas crediticias especiales para las poblaciones de escasos recursos.

40.- Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a recibir los servicios básicos de agua potable, aguas servidas, comunicación, energía y recolección de

desechos sólidos en sus comunidades, a un costo que no sobrepase el 10% del ingreso familiar.

41.- El Estado procurará y promoverá la organización de las comunidades en programas autogestionarios para garantizar el disfrute de los servicios básicos.

CAPITULO VII

Derechos de la Familia

42.- Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a organizar sus familias de acuerdo a sus creencias particulares, a elegir sus opciones de asentamiento y a recibir la protección del Estado para salvaguardar la integridad de sus miembros.

43.- El Estado tiene la obligación de atender la seguridad, educación, salud, recreación y estabilidad familiar, especialmente de los miembros más débiles como son los ancianos y los niños, niñas y adolescentes.

44.- Los niños y niñas tienen derecho a la identidad ciudadana, a un espacio adecuado y a un lecho propio dentro del hogar y la familia deberá vigilar que sus derechos sean respetados.

El Estado tiene la obligación de garantizar las oportunidades y recursos para que estos derechos sean efectivamente ejercidos.

45.- Se debe reconocer que el trabajo del hogar es una actividad que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar, por lo tanto las Amas de Casa tienen derecho a los beneficios de una pensión digna y el Estado a procurársela.

46.- La Familia debe procurar atención a sus adultos mayores, como orientadores para los nuevos miembros del grupo familiar. El Estado está en la obligación de apoyarlos para favorecer su calidad de vida y armonía de la unidad familiar.

47.- Los Hogares tienen el derecho al reconocimiento social por parte del Estado, el soporte institucional para ayudar en la formación de los hijos, la asistencia profesional para esclarecer las dificultades de la convivencia y el apoyo material para el mantenimiento y consolidación de la familia como unidad básica de la sociedad.

TITULO II

DERECHOS COMUNITARIOS

CAPITULO I

Derecho a la Identidad Político Territorial

48.- Las nuevas fronteras de los Derechos Sociales han avanzado hasta la identificación del Sujeto Colectivo como actor protagónico del ejercicio de la democracia. Los Estados reconocerán la legitimidad de las comunidades definidas por su ethos cultural, su asentamiento espacial y sus requerimientos,

como parte activa de las relaciones jurídicas institucionales para el diseño, aplicación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas y privadas.

49.- Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a organizarse como Comunidades para hacer peticiones públicas y los Estados tienen el deber de reconocerlos como actores colectivos sujetos de derechos. Para ello, las instancias legislativas formularán los instrumentos jurídicos que recojan la diversidad organizativa y los alcances de su auto representación ante los organismos públicos, en términos de igualdad de oportunidades para la consecución de sus objetivos comunitarios.

50.- Las Comunidades locales tienen derecho a organizarse en redes sociales complejas, para abarcar nuevos espacios de articulación y fomento de sus identidades colectivas. El

Estado está en el deber de facilitar la organización social desde la base de las relaciones comunitarias, en procura de nuevos sustentos para la legitimación política, económica y cultural que favorezcan la superación de la pobreza.

51.- Las Comunidades y/o movimientos sociales comunitarios, de empresas, laborales, étnicos, erarios o de género, tienen derecho a la pertenencia y membrecía social que les reconozca el poder necesario para la participación y toma de decisiones, en las instancias democráticamente constituidas.

CAPITULO II

Derechos a la Propiedad del Suelo como Patrimonio Colectivo

52.- Para la realización de proyectos de desarrollo que implique la intervención física de los espacios comunitarios, deberá realizarse la consulta a las comunidades afectadas, previa información exhaustiva de los impactos positivos o negativos, que pudieran derivarse de los referidos proyectos.

53.- Las Comunidades que sean afectadas tendrán el derecho de exigir reparaciones pecuniarias, restitución territorial, recuperación ambiental, restablecimiento habitacional y asentamiento en caso de daños mayores o redefinición de los espacios habitables.

54.- Los Estados se comprometen a incrementar la vigilancia de las fronteras y puestos de embarque y desembarque para impedir la extracción ilegal de flora, fauna y materias primas, que forman parte del patrimonio colectivo de las comunidades y que no hayan sido objeto de tratados normativos, sancionados nacionalmente, como parte de intercambio comercial internacional.

55.- Las Comunidades tienen derecho a oponerse a la instalación de agencias, firmas o negocios públicos o privados, que constituyan una amenaza a sus recursos de biodiversidad, sus recursos naturales tradicionales o a cualquier otro componente vital de su existencia colectiva.

56.- El Estado deberá preservar la propiedad comunitaria sobre los recursos naturales tradicionales. Conjuntamente, Estado y Comunidades, se levantará el inventario de estos recursos como forma de garantizar su posesión.

CAPITULO III

Derecho a la Organización y Participación Pública

57.- Las comunidades tienen derecho a organizarse y participar en la definición, ejecución y fiscalización de las políticas públicas, especialmente en aquellos aspectos que les atañen directamente. El Estado está en la obligación de auspiciar la participación como mecanismo pleno y efectivo de legitimación democrática y los órganos del poder público a nivel local, regional y nacional, estarán a su disposición para atender y resolver sus demandas.

58.- Las Comunidades tienen derecho a presentar proyectos e iniciativas de carácter legislativo ante los organismos competentes, de acuerdo a las leyes vigentes en cada país. El Estado está en el deber de atender y responder a las solicitudes formuladas por las comunidades en plazos prudentes y según el estado de necesidad de los proponentes.

59.- Las Comunidades tienen derecho a ejercer mecanismos democráticos de lucha, realizar manifestaciones públicas, dirigir peticiones a través de los medios de comunicación, abrir sus propios espacios de discusión y en general, todas las

garantías y derechos civiles y políticos establecidos para los ciudadanos en sus respectivos marcos constitucionales.

60.- Las Comunidades tendrán la primera línea de corresponsabilidad en la vigilancia de todos los Derechos Humanos. Al efecto, los Estados propiciarán la creación de mecanismos expeditos, activados desde las comunidades, para dar cuenta de la eventual violación de los

Derechos Humanos y a la vez, ordenarán las acciones dirigidas a detener los procesos violatorios y/o suspender a los funcionarios u organismos (públicos u organizaciones privadas) implicados en estos hechos, previo los requisitos de ley.

61.- Las Comunidades tienen derecho a acudir ante los organismos internacionales, como recursos de alzada, para dirimir cuestiones relativas a sus derechos humanos y comunitarios o derechos constitucionales que hayan sido desacatados o no resueltos por los sistemas nacionales de justicia, de acuerdo a los Tratados Internacionales sobre la materia luego de haber agotado las instancias internas.

TITULO III

DERECHOS ECONOMICOS

CAPITULO I

Derechos Económicos Generales

62.- Los Pueblos de América tienen el derecho a superar las condiciones de pobreza y mantener niveles de vida sostenibles, por encima de la línea de pobreza establecida para cada nación en particular. Los Estados establecerán políticas públicas que permitan vincular el desarrollo económico a las exigencias de la calidad de vida de la población, para garantizar el desarrollo humano integral.

63.- Los Estados auspiciarán la promoción de tecnologías adecuadas en función de un desarrollo económico sostenible, que genere nuevas y equitativas oportunidades de inclusión social y superación de la pobreza.

64.- Los Pueblos de América tienen el derecho al disfrute de la productividad vinculada al desarrollo tecnológico en el escenario internacional. Para ello, una parte significativa del valor agregado de nuestras exportaciones, debe revertirse en programas de atención social.

65.- Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a organizarse y promover diferentes emprendimientos para la generación de bienes y servicios. Los Estados están en la obligación de reconocer su existencia, promover su fortalecimiento financiero y técnico y facilitar los espacios de intercambio que dinamicen todos los sectores de la economía.

66.- Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a desarrollar libremente formas de trabajo dignas y decentes, donde se exprese su creatividad, su esfuerzo y energía productivas, su vocación y al mismo tiempo, garantizar un ingreso

económico que le permita desarrollarse integralmente como persona. El Estado debe reconocer a los actores de la economía informal, como sujetos de derechos que realizan una actividad que apoya el desenvolvimiento de la economía formal, por lo tanto, debe dotarlos de protección social y asistencia financiera, procurando que salgan de sus condición de informalidad lo más pronto posible.

67.- Los Pueblos tienen derecho a recibir remesas enviadas por miembros de la familia, desde otros países. Los Estados acordarán mediante mecanismos de entendimiento internacional, las condiciones en las cuales estas remesas se harán efectivas, con reducción progresiva de los costos de envío.

68.- Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a la participación equitativa en los beneficios sociales derivados de la aplicación de nuevas tecnologías de producción, en términos de mejoras sustanciales de sus ingresos y calidad de vida, transparencia financiera de los organismos de gestión pública y su efectividad traducida en servicios de calidad.

69.- Los empleadores están en la obligación de aportar un mínimo del 5% de sus ingresos totales a la promoción de nuevos empleos, y a la formación y capacitación de sus trabajadores y trabajadoras.

70.- Las empresas estarán obligadas a reconocer a sus trabajadores y trabajadoras la valoración en términos económicos de los aportes que, por concepto de

innovaciones, creatividad y minimización de riesgos, produzcan reducciones en materias de costos y/o incrementos de la productividad.

CAPITULO II

Derechos Económicos Comunitarios

71.- Las Comunidades organizadas como Personas Jurídicas podrán promover unidades de producción de bienes y servicios y tendrán derecho a solicitar y obtener del Estado u organismos no gubernamentales, asistencia técnica y financiera, formación de recursos humanos, información, protección jurídica y certificaciones de calidad para la colocación de sus productos.

72.- Los Estados ofrecerán a las Comunidades la asistencia técnica requerida para la administración efectiva de los recursos productivos. Las Comunidades estarán en la obligación de mantener al día sus informes administrativos, económicos y financieros necesarios para la evaluación del desempeño organizacional, bajo el principio de transparencia y rendición de cuentas a la comunidad y a los organismos comprometidos en la asistencia.

73.- La atención a las Comunidades por parte del Estado requiere de éste la radicación administrativa de los servicios públicos. Especialmente en lo relacionado con Salud, Educación, Identificación, Protección Policial, Registros Civiles y Mercantiles, Administración de Justicia y Defensa Civil. Las

Comunidades tendrán corresponsabilidad en el mantenimiento y buenas prácticas administrativas de estos servicios estatales.

TITULO IV

DERECHOS CULTURALES

CAPITULO I

Derecho a la Identidad Cultural

74.- Todos los Pueblos tienen derecho a participar activamente en la diversidad cultural que es patrimonio de la Humanidad. Para ello, los Estados deben promover el fortalecimiento de las identidades culturales de los Pueblos expresada en hábitos, costumbres, idioma, creencias, significaciones, representaciones, valores éticos, creatividad, sentido de pertenencia grupal, territorial, nacional y humanística y el ejercicio de todos los derechos consagrados como fundamentos de la vida humana.

75.- Todos los Pueblos tienen derecho a un nombre propio, al registro histórico de sus ascendientes originarios, la diferenciación étnica, caracterización propia, reconocimiento de su idioma, recursos tradicionales, identificación territorial y registro oficial por parte del Estado.

76.- Todas las culturas poseen igual relevancia legal y social. Ningún Pueblo podrá ser rebautizado, reasentado o asimilado a otra cultura, sin que la iniciativa de tales cambios provengan de las decisiones colectivas tomadas en el seno de las

propias comunidades, en libre ejercicio de sus derechos civiles y políticos, con salvaguarda de la totalidad de los derechos humanos consagrados en las diferentes legislaciones nacionales e internacionales.

77.- Los Estados considerarán los perfiles culturales de las comunidades, como una instancia necesaria para el diseño de políticas públicas focalizadas, como garantía de respeto y dignificación histórica del esfuerzo colectivo acumulado por generaciones.

78.- Las Comunidades tienen derecho a preservar su identidad histórica y cultural, su arraigo territorial y su especificidad social como ciudadanos que alimentan la diversidad humana, como un valor superior inalienable. Los Estados garantizarán la multiculturalidad, favorecerán todos los canales de expresión requeridos y fortalecerán la integración de los pueblos, tal como él los la dibujan, en pleno ejercicio de los valores democráticos.

CAPITULO II

Derecho a la Cultura Universal

79.- Todos los pueblos tienen derecho a acceder al conocimiento y la información generada en cualquier país del mundo. Para garantizar este derecho, los Estados están en el deber de reconocer las singularidades lingüísticas de los idiomas vivos entre sus pobladores, las cuales deberán reflejarse en los medios de comunicación, publicaciones institucionales especialmente las educativas,

formulación de proyectos, documentos nacionales e internacionales, tratados, redes informáticas y, en cualquier circunstancia que facilite el acceso al conocimiento, mediante la traducción simultánea, ediciones impresas, electrónicas y audiovisuales de los contenidos científicos, culturales y humanísticos en los múltiples idiomas que constituyen el patrimonio cultural de cada país.

80.- El derecho a la diversidad cultural es garantía de pervivencia humana. En consecuencia, todos los pueblos tienen derecho a defenderse de cualquier forma cultural que pretenda sustituir sus valores, cosmovisiones, idioma, usos y costumbres o de imponer modelos sociales, científicos, técnicos o políticos que destruyan la unidad nacional, su particularidad cultural, su patrimonio biogenético, sus recursos tradicionales o su derecho al desarrollo.

81.- Todos los Pueblos tienen derecho a la restitución de su patrimonio cultural irremplazable, obras de arte y bienes culturales, que hayan sido extraídos forzosamente o bajo engaño. Los Estados están en la obligación de perseguir la propiedad ilícita de los bienes culturales.

82.- Los Pueblos tienen derecho al acceso a la cultura universal. En consecuencia, los Estados velarán para que todos los medios culturales, científicos y técnicos, incluyendo las nuevas tecnologías, estén disponibles en forma pública, gratuita y de calidad para garantizar a los Pueblos el derecho a participar en la creación cultural colectiva de la humanidad.

83.- Las creaciones artísticas son patrimonio de los Pueblos. Los Estados velarán para que se garantice la propiedad colectiva, institucional o individual de las creaciones artísticas y fomentará los apoyos financieros para promover su, revitalización y fortalecimiento y el acceso de todos los ciudadanos y ciudadanas a su conocimiento, valoración, difusión y disfrute, en condiciones de respeto a los contextos tradicionales o de creación, de los portadores o creadores respectivos.

CAPITULO III

Derechos de los Creadores Culturales

84.- Las expresiones, manifestaciones y tradiciones culturales reflejan particularidades de la libertad creativa humana. Los Estados garantizarán la plenitud de esta condición básica y para ello facilitarán los recursos y apoyos institucionales que atiendan las necesidades económicas, de seguridad social, de expresión colectiva, sin restricciones a la libertad de expresión, divergencias de fondo y forma sobre las creaciones de quienes hacen del arte y la cultura, en cualquier expresión, su oficio de vida.

85.- Los creadores y creadoras populares tienen derecho al reconocimiento público de sus obras, a la titularidad de las mismas, a la compensación económica específica por cada obra que produzca e intercambie en el mercado, a la protección y divulgación museística o patronato cultural, sin discriminación

alguna y sin más restricciones que las expresadas por la voluntad expresa del autor o autora. Quedan a salvo las obras consideradas patrimonio nacional o comunitario, así decidido por las instancias correspondientes.

CAPITULO IV

De la Ciencia y la Tecnología

86.- La creación científica y tecnológica constituyen una necesidad y un derecho de los Pueblos. El Estado promoverá la investigación y el desarrollo, en el marco de la libertad de búsqueda, que atienda prioritariamente a las necesidades nacionales, la preservación de los recursos y conocimientos tradicionales y el fortalecimiento de la estructura científico-técnica requerida para salvar las brechas de la inequidad, la pobreza y la exclusión sociales.

87.- Los Pueblos tienen derecho a preservar el carácter público y la propiedad colectiva de los recursos naturales, renovables y no renovables, que constituyan patrimonio estratégico nacional. En consecuencia, la investigación y el desarrollo tecnológico nacionales quedarán bajo la vigilancia del Estado y sólo mediante su autorización y previa consulta a los ciudadanos, se podrá otorgar licencias o concesiones de investigación, descripción o explotación de tales recursos a los sectores privados extranjeros.

88.- Los Estados estarán comprometidos a proteger y promover las investigaciones nacionales para el desarrollo endógeno sustentable, que garantice los derechos comunitarios y contribuyan a la superación de la pobreza.

89.- Las comunidades científicas y culturales serán espacios abiertos a la pluralidad de conocimientos tradicionales y modernos de origen universal, sin discriminaciones políticas, religiosas, culturales o étnicas. A ellas deberán concurrir todos los hacedores de conocimientos en igualdad de derechos, para construir una nueva cultura de participación comunitaria en la generación de soluciones a los problemas del desarrollo integral de nuestros pueblos.

90.- Los Estados velarán para que los frutos de las artes, la ciencia y la tecnología se conviertan en bienes sociales al alcance de todos y por la aplicación directa de los avances científicos y tecnológicos y la reorientación de las políticas públicas de ciencia y tecnología, en función del desarrollo social.

CAPITULO V

Derecho a la Información

91.- Los Estados garantizarán el respeto a la libertad de expresión e información, sin censura dentro de los límites propios de un Estado Democrático, así como el efectivo ejercicio y respeto de los derechos humanos, en particular a lo que concierne a la protección del honor, vida privada, intimidad, confidencialidad y reputación.

92.- Los Estados regularán el contenido de la difusión y recepción de los mensajes, estableciendo la responsabilidad social de los anunciantes, los productores y los prestadores de los servicios de radio, televisión, cine o cualquier otro medio de difusión masiva; fomentando así los valores democráticos, en consonancia con los deberes, derechos e intereses de los Pueblos, a los fines de procurar la justicia social, la paz, los derechos humanos, la cultura, la educación y el desarrollo socio---económico, de conformidad con los ordenamientos jurídicos de cada Estado.

93.- Los Estados están en el deber de garantizar que las personas con discapacidad auditiva puedan disfrutar de la difusión de contenidos. Para ello deberán incluirlo dentro de la legislación interna de cada país, como un derecho obligatorio a ser cumplido por los medios de telecomunicaciones.

94.- Los Estados garantizarán la difusión de programas a los niños, niñas y adolescentes que sean de interés social y cultural, dirigidos al desarrollo progresivo y pleno de su personalidad, actitudes y capacidad mental y física, el respeto a los derechos humanos, a la familia, a la identidad cultural, para asumir una vida responsable en libertad y a formar de manera adecuada conciencia de solidaridad humana y social. Del mismo modo, los Estados garantizarán que los medios de difusión contribuyan a la formación ciudadana.

95.- Los Estados promoverán acciones que tiendan a la participación activa de las comunidades, para la consolidación de la industria de la producción independiente, de las radios, emisoras comunitarias o educativas y demás medios de comunicación alternativos.

96.- Los Estados pondrán en práctica una estrategia comunicacional, que constituya matrices de opinión pública que identifiquen las necesidades de nuestros Pueblos, y que fortalezca los procesos de cambio que se van dando en la región.

CAPÍTULO VI

Derecho al Deporte, el Tiempo Libre y el Esparcimiento

97.- Toda persona tiene derecho al esparcimiento y recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre, en procura de su bienestar físico y espiritual.

98.- El deporte es un derecho social y actividad esencial, que coadyuva en la formación integral de las personas, en lo físico, intelectual, moral y social a través del desarrollo, mejoramiento y conservación de sus cualidades físicas y morales.

99.- Los Estados promoverán la práctica deportiva, sin discriminaciones, salvo las limitaciones individuales, las que establezcan los ordenamientos jurídicos en resguardo de la salud y las provenientes de patrones culturales de los Pueblos.

100.- Es de utilidad social la promoción, el desarrollo y la práctica de la educación física y el deporte. Para ello los Estados fomentarán la construcción, dotación, mantenimiento y protección de infraestructuras que permitan su ejercicio, enseñanza y práctica obligatoria, en todos los niveles del sistema educativo.

101.- Los Estados llevarán a cabo políticas urbanísticas que integren los espacios verdes y plazas al disfrute del deporte, la recreación y las celebraciones comunitarias.

102.- Se promoverá la participación de personas con discapacidad en las distintas prácticas deportivas.

CAPÍTULO VII

Derechos Ambientales

103.- Es un derecho y un deber de cada generación, proteger y mantener el ambiente en beneficio de todos los seres vivos y de sus generaciones futuras. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar, de una vida y un ambiente sano.

104.- Las políticas en materia ambiental, deberán tener como objeto prioritario y de interés social, la conservación del ambiente en su sentido amplio, que incluya

el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, como fuente importante para remediar las urgentes necesidades sociales y económicas, especialmente de los sectores más vulnerables, así como su conciliación con el desarrollo endógeno y sustentable.

105.- Los Estados se comprometerán a adoptar y ejecutar las estrategias, planes y políticas para la conservación del ambiente y de los recursos naturales, en el marco del desarrollo sustentable, con la participación y protagonismo de los Pueblos.

106.- Los Estados desarrollarán políticas para la ordenación del territorio, atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, educativas, científicas, tecnológicas, de producción, de acervo cultural, económicas y políticas, atendiendo principios éticos y de acuerdo con las premisas del desarrollo sustentable, que incluya, entre otros, mecanismos para la información, consulta y participación ciudadana en la toma de decisiones.

107.- Todas las actividades capaces de degradar el ambiente, deben ser sujetas previamente a evaluaciones de impacto ambiental, las cuales serán realizadas bajo el principio de corresponsabilidad, a fin de prevenir, evitar, corregir, mitigar o compensar los daños al ambiente.

108.- Los Estados implementarán las normas ambientales derivadas de los compromisos internacionales; igualmente elaborarán y adoptarán otras, que se

estimen convenientes en el contexto intra-regional, para garantizar que la integración económica de la región se realice de manera ambientalmente sustentable de instancias, que contribuyan a la prevención y resolución de conflictos ambientales.

110.- Los Estados adoptarán instrumentos jurídicos, que establezcan la obligación de los responsables material e intelectual, nacionales o trasnacionales, generadores de daños ambientales, en cuanto a la ejecución de medidas para el restablecimiento de las condiciones del ambiente alterado, al resarcimiento por los impactos sociales que de ello se deriven, y a la imposición de las sanciones a que hubiere lugar.

111.- Los Estados fomentarán la participación ciudadana, en la conservación del ambiente y el uso sustentable de los recursos naturales. Así mismo apoyarán el desarrollo de procesos de autogestión o cogestión, enmarcados en la responsabilidad compartida, pero diferenciada y comprometida con la protección del ambiente.

112.- Los Estados generarán tecnologías alternativas, apropiadas y apropiables para la producción de bienes y servicios, que logren minimizar los impactos negativos que se efectúen en el ambiente, y se comprometen al intercambio de conocimientos, tecnologías y metodologías ambientales, que permitan armonizar criterios y crear capacidades compartidas.

113.- Los Estados promoverán el manejo integral de las cuencas hidrográficas, como recurso para el desarrollo ambientalmente sustentable y la calidad de vida de los Pueblos.

114.- Los Estados desarrollarán instrumentos dirigidos a la valoración integral de los recursos naturales, de forma compartida con las comunidades.

115.- Los Estados se comprometen a incrementar la vigilancia de sus fronteras, para impedir la extracción ilegal de flora, fauna, materias primas y bienes culturales, que forman parte del patrimonio colectivo de las comunidades y que no hayan sido objeto de tratados normativos, sancionados nacionalmente, como parte de intercambio comercial internacional.

TÍTULO V

Derechos de los Pueblos Indígenas

116.- Los Estados reconocen la existencia de los Pueblos y Comunidades Indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas, religiones y derechos originarios sobre las tierras que ancestralmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Los Estados con la participación de los Pueblos Indígenas deberán demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras o territorios según sea el caso, las cuales serán inalienables, imprescriptibles,

inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en las legislaciones nacionales.

117.- Los Pueblos Indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, su espiritualidad, sus valores, y sus lugares sagrados y de culto, participando en la vida económica y social de su país. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los Pueblos Indígenas.

118.- Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los Pueblos Indígenas. Se prohíbe la implementación de los mecanismos de propiedad intelectual existentes, para la concesión de derechos de exclusividad sobre los conocimientos tradicionales y ancestrales, los cuales no son del dominio público.

119.- Los Estados conjuntamente con las comunidades o pueblos indígenas, diseñarán e implementarán un régimen especial o una norma de armonización que fortalezca la protección de los conocimientos tradicionales, recursos genéticos, innovaciones y prácticas tradicionales de las comunidades o pueblos indígenas, conforme a los Convenios Internacionales. Los Estados deberán respaldar a los Pueblos Indígenas en el ejercicio de la reivindicación de sus conocimientos colectivos y ante cualquier acción o evento que propicie la apropiación indebida de los mismos.

120.- Los Pueblos y Comunidades Indígenas tienen derecho a una salud integral y al reconocimiento legal de su medicina tradicional, práctica y tratamiento, incluyendo la promoción, desarrollo, prevención y rehabilitación, así como el derecho a mantenerla y administrarla. Los Estados promoverán los medios necesarios para que los Pueblos y Comunidades Indígenas logren las condiciones de salud adecuadas.

121.- Todos los ciudadanos y ciudadanas pertenecientes a un Pueblo Indígena tienen derecho a una educación que respete y desarrolle su identidad cultural, así como a la educación multilingüe y pluricultural, de acuerdo a sus propias prácticas locales y colectivas.

Los Estados deberán garantizar e implementar los mecanismos necesarios a fin de lograr una educación que atienda a las prácticas socioeconómicas, valores, tradiciones, espiritualidades, necesidades y aspiraciones.

122.- Los Pueblos y comunidades Indígenas tiene derecho a decidir y asumir el control de sus propias organizaciones, formas de vida y prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; su identidad, cultura, derechos, usos y costumbres, educación, salud, cosmovisión, protección de sus conocimientos ancestrales; defensa de sus tierras y en general de la gestión cotidiana, de su vida comunitaria dentro de sus territorios o tierras para fortalecer su identidad cultural.

123.- Los Pueblos Indígenas tienen derecho a servicios de formación en áreas de conocimientos propios y universales, a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas, en el marco de desarrollo endógeno.

124.- Los Pueblos Indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, en la solidaridad y el intercambio, sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía Nacional y a definir sus prioridades.

125.- Los Estados proveerán los recursos necesarios a los Pueblos Indígenas para que diseñen y construyan sus viviendas de acuerdo a sus propias culturas y hábitat.

126.- Los Estados garantizarán la participación y representación indígena en los Poderes Públicos, de conformidad a sus usos, costumbres y leyes vigentes

127.- El aprovechamiento de los recursos naturales por parte de los Estados, se hará sin lesionar la integridad cultural y social de los Pueblos y Comunidades Indígenas.

Los Pueblos y Comunidades Indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en

sus tierras o territorios, así como en los beneficios del aprovechamiento y explotación de los mismos, de conformidad a la legislación interna de cada Estado. Igualmente, percibirán una indemnización equitativa por cualquier daño que pueda sufrir como resultado de tales actividades.

128.- Los Estados deben garantizar a los Pueblos y Comunidades Indígenas el derecho a la información y consulta, previo a la ejecución de cualquier actividad susceptible de afectar directa o indirectamente la vida de los Pueblos, debiendo realizarse de buena fe tomando en cuenta los idiomas, espiritualidad, respetando la organización propia, las autoridades legítimas y criterios de comunicación e información de los Pueblos y Comunidades involucrados. La decisión tomada por los Pueblos y Comunidades Indígenas con ocasión de la consulta será de carácter vinculante.

129.- Los Estados se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos de los Pueblos Indígenas contenidos en la presente Carta, así como en otros instrumentos internacionales que le sean más favorables.

ANEXO III

RELACIÓN CRONOLÓGICA DE LA

FUENTE DE CONSULTA JURSPUDENCIAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE ECUADOR

CASO - SENTENCIA	MATERIA / TEMA	AÑO	FUENTE
Casos acumulados 004-2001-TC y 007-2001-TC	Incremento de los precios de los derivados del petróleo	2001	Archivo de la actual Corte Constitucional.
Caso 001-2001,	Subsidio a los pueblos indígenas sobre el consumo de energía eléctrica	2001	Archivo de la actual Corte Constitucional.

SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CASO - SENTENCIA	MATERIA / TEMA	AÑO	FUENTE
Sentencia 84 de 10 de abril de 2008 expedida en casación 2010,	Responsabilidad objetiva del Estado	2010	Suplemento del Registro Oficial 220 de 23 de junio de 2010

CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Sentencia No. C-050 de 1994	Defensa del principio de legalidad	1994	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.

En el caso T-74720, propuesto por Roberto Zúñiga Chapal, sentencia T-499-95 La Tercera Sala de Revisión	Derecho a la VIVIENDA	1995	Compendio digital de jurisprudencia colombiana. Corte Constitucional de la República de Colombia.
Caso C-018/96	Principio de legalidad presupuestaria y la aplicación de los derechos fundamentales.	1996	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.
Caso-685/96	Principios de legalidad y especialización del gasto.	1996	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.
Caso C-017/98	Principios de igualdad y solidaridad.	1998	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.
Sentencia T. 1330/00	Derecho a la EDUCACION	2000	Corte Constitucional. <i>La protección judicial de los derechos sociales</i> . Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
Sentencia C-228 de 3 de abril de 2002	Reparación Integral	2002	Compendio digital de jurisprudencia colombiana. Corte Constitucional de la República de Colombia
Caso T. 884-03	Aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.	2003	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.
Sentencia de 22 de enero de 2004	Derecho a la VIVIENDA / Familias desplazadas.	2004	Corte Constitucional. <i>La protección judicial de los derechos sociales</i> . Cristian Courtis y Ramiro Ávila

			Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
Sentencia de 22 de enero de 2004	Derecho a la VIVIENDA / Familias desplazadas	2004	Compendio digital de jurisprudencia colombiana. Corte Constitucional de la República de Colombia.
Caso T 291-09	Aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.	2009	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.
AUTO. 26 de enero de 2009. La Segunda Sala de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia expide sobre la sentencia T-025 de 2004	Las políticas públicas de atención a la población desplazada	2009	Compendio digital de jurisprudencia colombiana. Corte Constitucional de la República de Colombia.
Sentencia T-418-10	Derecho al AGUA	2010	Corte Constitucional. <i>La protección judicial de los derechos sociales</i> . Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
Sentencia T-340-10	Tutela	2010	Compendio digital de jurisprudencia colombiana. Corte Constitucional de la República de Colombia.
Expediente D-8222, sentencia C-221/11	Reconocimiento económico a los deportistas	2011	Compendio digital de jurisprudencia colombiana. Corte Constitucional de la República de Colombia.
Caso D-198	Gastos destinados al deporte / gasto social.		Compendio digital de jurisprudencia colombiana. Corte Constitucional de la República de Colombia.

**JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**

CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Recurso de inconstitucionalidad aprobado el 20 de julio de 1981	Naturaleza de la ley de presupuesto.	1981	Portal web del Tribunal Constitucional de España. http://www.tribunalconstitucional.es
Recursos de inconstitucionalidad, sentencia de 21 de mayo de 1985	Fuente jurídica del gasto	1985	Portal web del Tribunal Constitucional de España. http://www.tribunalconstitucional.es
En el recurso de inconstitucionalidad, sentencia de 21 de mayo de 1987	Estado de gastos y a la previsión de ingresos	1987	Portal web del Tribunal Constitucional de España. http://www.tribunalconstitucional.es
En los recursos de inconstitucionalidad sentencias de 14 de mayo de 1992	Ley de presupuesto y regulación de materia distinta a la previsión de ingresos y gastos	1992	Portal web del Tribunal Constitucional de España. http://www.tribunalconstitucional.es
En los recursos de inconstitucionalidad 28 de junio de 1994	Ley de presupuesto y regulación de materia distinta a la previsión de ingresos y gastos	1994	Portal web del Tribunal Constitucional de España. http://www.tribunalconstitucional.es
El Pleno del Tribunal Constitucional, el 21 de marzo de 2001, en el recurso de inconstitucionalidad 2481/93	Ley de Presupuestos Generales del Estado	2001	Portal web del Tribunal Constitucional de España. http://www.tribunalconstitucional.es
Sentencia de 16 de enero de 2003, el Pleno de Tribunal Constitucional	La previsión de ingresos y gastos han de constar en una única norma, la Ley de Presupuestos Generales	2003	Portal web del Tribunal Constitucional de España. http://www.tribunalconstitucional.es

Sentencia de 21 de noviembre de 2007, el Pleno del Tribunal Constitucional	Ley mencionada como previsión de ingresos y autorización de gastos	2007	Portal web del Tribunal Constitucional de España. http://www.tribunalconstitucional.es
En la sentencia de 20 de julio de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional	estabilidad presupuestaria / Comunidades Autónomas	2011	Portal web del Tribunal Constitucional de España. http://www.tribunalconstitucional.es

SUPREMA CORTE DE ESTADOS UNIDOS

CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Caso Brown v. Board of Topeka	Derecho a la EDUCACION	S/A	Corte Constitucional. <i>La protección judicial de los derechos sociales</i> . Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
Caso Wyatt-Stickney	Derechos fundamentales.	1970-2003	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.

CORTE DE APELACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS

CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Caso CFE vs. State of New York	Derecho a la EDUCACIÓN	2003	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.

<i>Finney v. Arkansas, Wiatt v. Aderholt, Gates v. Collier, Jackson v. Bishop, Hamilton v. Love</i>	La falta de fondos frente al cumplimiento de derechos fundamentales.	S/A	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.
---	--	-----	---

JURISPRUDENCIA ARGENTINA

CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Caso Rubén Badin Corte Suprema 1995. Fallos 318:2002	Carencias presupuestarias frente a derechos fundamentales	1995	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.
Caso Verbitsky Corte Suprema 2005 Fallos 328:1146	Habeas colectivo	2005	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.
Caso Comunidad Paynemil,	Acción de amparo a fin de garantizar la salud.	S/A	Víctor Abramovich; Christian Courtis, <i>Los derechos sociales como derechos exigibles.</i>
Caso Asociación Benghalesis	Derecho a la SALUD.	S/A	Víctor Abramovich; Christian Courtis, <i>Los derechos sociales como derechos exigibles.</i>
Caso Viceconte, Mariela Cecilia c/ el Estado Nacional- Ministerio de Salud y Acción social	Derecho a la SALUD.	S/A	Víctor Abramovich; Christian Courtis, <i>Los derechos sociales como derechos exigibles.</i>
Caso Beviacqua	Derecho a la SALUD.	S/A	Víctor Abramovich; Christian Courtis, <i>Los derechos sociales como derechos exigibles.</i>

JURISPRUDENCIA MEXICANA			
CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Pleno de la Suprema Corte de México	Garantía individual del derecho a la protección de la salud.	S/A	Víctor Abramovich; Christian Curtis, <i>Los derechos sociales como derechos exigibles.</i>
JURISPRUDENCIA ALEMANA			
CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Caso Admisión de estudiantes a la carrera de medicina.	Ponderación y reserva posible. Gratuidad sobre la base de los límites financieros.	S/A	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL			
Relato a cargo del magistrado Celso de Melo.	La salud y los ajustes al presupuesto.	2004	Horacio G. Corti, Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: los paradigmas jurídico-financieros. Revista Jurídica de Buenos Aires, 2011.

CORTE SUPREMA DE BANGLADESH			
CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Caso ASE-Bangladesh	Derecho a la VIVIENDA	S/A	Corte Constitucional. <i>La protección judicial de los derechos sociales</i> . Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA			
CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Caso Port Elizabeth Municipality v. Varios Occupaiers	Derecho a la VIVIENDA	S/A	Corte Constitucional. <i>La protección judicial de los derechos sociales</i> , Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
Caso Grootboom	Derecho a la VIVIENDA	S/A	Corte Constitucional. <i>La protección judicial de los derechos sociales</i> . Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

**COMITÉ DE NACIONES UNIDAS
CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL
CEDR**

CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Caso L. R, vs. Eslovaquia	Derecho a la vivienda/no discriminación por origen racial	S/A	Corte Constitucional. <i>La protección judicial de los derechos sociales</i> . Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE DE LA HAYA

CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Caso Aguinda y otros contra Chevron Corporation Caso Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra la República del Ecuador (Chevron II) se condenó al país a pagar USD 700.000.000,00. Posteriormente, el pago se redujo a USD 95.000.000,00. En el caso entre las mismas partes, conocido como (Chevron III) que	Derechos de la Naturaleza / Remediación de daños ambientales	2009	Datos obtenidos de materiales de la Procuraduría General del Estado. El caso fue tramitado durante más de 10 años e una corte federal de Nueva York que resolvió en mayo de 2003 que el mismo debía someterse a las cortes ecuatorianas. Tras este fallo los afectados presentaron una demanda contra Chevron Texaco en la Corte Superior de Nueva Loja, provincia de Sucumbíos, República del Ecuador.

constituye una derivación del Aguinda Case			Luego de tres años (2006) el gobierno del Ecuador acusó a la Empresa de fraude en su programa de remediación, mientras que el frente de defensa de la Amazonía pidió al Departamento de Justicia de los EE UU que investigue actos de corrupción por parte de Chevron. En el 2009, Chevron pidió a intervención de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya
EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES			
CASO - SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
European Roma Rights Center vs. Grecia vs. Italia y vs. Bulgaria.	Derecho a la VIVIENDA/no discriminación por origen racial.	S/A	Corte Constitucional. <i>La protección judicial de los derechos sociales</i> . Cristian Courtis y Ramiro Ávila Santamaría, Editores, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHO HUMANOS			
SENTENCIA	MATERIA	AÑO	FUENTE
Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras Sentencia de 21 de julio de 1989.	Reparaciones y Costas.	1989	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004

En el caso Aloeboetoe y otros, sentencia de de 10 de septiembre de 1993	Reparaciones y Costas / Derechos acumulativos	1993	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Gangaram Panday, sentencia de de 21 de enero de 1994	Reparaciones y Costas / Derechos excluyentes.	1994	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Caballero Santana y Delgado, sentencia de 29 de enero de 1997	Daño social / daños inmateriales	1997	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Castillo Páez Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998.	Reparaciones y Costas.	1998	Portal web corte interamericana de Derecho humanos. http://www.corteidh.or.cr/
Caso Loayza Tamayo, Sentencia de 27 de noviembre de 1998	Reparaciones y Costas / Responsabilidad internacional.	1998	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Garrido Baigorria, sentencia de 27 de agosto de 1998,	Reparaciones y Costas / Determinación del monto de la indemnización por parte de la Corte	1998	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Petruzzi y otros, de 30 de mayo de 1999	Principio <i>non bis in ídem</i>	1999	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004

Caso Suárez Rosero, sentencia del 29 de mayo de 1999	Daño moral / reparación integral	1999	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No.	Reparaciones y Costas.	1999	Portal web corte interamericana de Derecho humanos. http://www.corteidh.or.cr/
Caso Aguirre y otros vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001	Reparaciones y costas y gastos	2001	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001.	Reparaciones / indemnizaciones	2001	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Barrios Altos, sentencia de 14 de marzo de 2001	Reparaciones con reconocimiento del Estado peruano de responsabilidad	2001	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Sentencia de 26 de mayo de 2001.	Reparaciones y Costas.	2001	Portal web corte interamericana de Derecho humanos. http://www.corteidh.or.cr/
Caso Cesti Hurtado, sentencia de 31 de mayo de 2001	Reparaciones y Costas / Derechos excluyentes.	2001	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004

Casos Comunidad Mayagua y otros v. Nicaragua de 31 de agosto de 2001	Derecho a la VIVIENDA / Titulación de tierras ancestrales.	2001	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros, sentencia de 21 de junio de 2002	Reparaciones y costas y gastos	2002	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Caracazo vs. Venezuela de 29 de agosto de 2002	Reparaciones y Costas	2002	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Las Palmeras vs. Colombia de 26 de noviembre de 2002	Reparaciones y Costas	2002	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras de 7 de junio de 2003	Reparaciones y Costas	2003	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Bulacio vs. Argentina de 18 de septiembre de 2003.	Reparaciones y Costas	2003	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Caracazo vs. Venezuela, mencionado, sentencia de 18 de septiembre de 2003	Reparaciones y costas	2003	<i>Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San

			José, C. R 2004
Comunidad Indígena Yachie v. Paraguay de 17 de junio de 2005	Reparaciones y Costas.	2005	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Casos Comunidad Indígena Yachie v. Paraguay de 17 de junio de 2005	Derecho a la VIVIENDA / Titulación de tierras ancestrales.	2005	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Baldeón García Vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006.	Fondo, Reparaciones y Costas.	2006	Portal web corte interamericana de Derecho humanos. http://www.corteidh.or.cr/
Casos Comunidad Indígena Saramaña v. Belice de 28 de noviembre de 2007	Derecho a la VIVIENDA / Titulación de tierras ancestrales.	2007	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Comunidad Indígena Saramaña v. Belice de 28 de noviembre de 2007	Reparaciones y Costas.	2007	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004
Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, a través de cuya primera sentencia de fecha 6 de mayo de 2008.	Reconocimiento daño causado por expropiación de bienes	2008	Portal web corte interamericana de Derecho humanos.
Sentencia de cumplimiento del artículo 63.1 de la Convención en el caso 222 Corte Interamericana de Justicia,	Reparaciones y Costas. Caso Chiriboga VS. Ecuador.	2011	Héctor Faúndez Ledesma, <i>El Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos</i> , Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derecho Humanos, San José, C. R 2004

Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218,	Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.	2010	Portal web corte interamericana de Derecho humanos. http://www.corteidh.or.cr/
Caso Atala Riffo y niñas vs Chile, Caso 239, sentencia de 24 de febrero de 2012	Reparaciones y Costas.	2012	Portal web corte interamericana de Derecho humanos. http://www.corteidh.or.cr/

PRECEDENTES citados en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Caso Fontevecchia y D`Amico,
- Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil,
- Caso de las Masacres de Ituango,
- Caso Fontevecchia y D`Amico,
- Caso Barbani Duarte y otros,
- Caso Velásquez Rodríguez,
- Caso Vélez Loo Vs. Panamá.
- Caso de la Masacre de Mapiripán,
- Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México.
- Caso Aloeboetoe y otros, caso Cesti Hurtado

Fuente: Portal web corte interamericana de Derecho humanos.
<http://www.corteidh.or.cr/>